



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Die Unabhängigkeit der medizinischen Begutachtung im Verfahren der Invalidenversicherung

Egli, Philipp ; Gächter, Thomas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-50041>
Journal Article

Originally published at:

Egli, Philipp; Gächter, Thomas (2011). Die Unabhängigkeit der medizinischen Begutachtung im Verfahren der Invalidenversicherung. Justice - Justiz - Giustizia : die Schweizer Richterzeitung, 7(3).

Philipp Egli, Thomas Gächter

Die Unabhängigkeit der medizinischen Begutachtung im Verfahren der Invalidenversicherung

Grundprobleme und jüngste Entwicklungen der Rechtsprechung

Nachdem in der letzten Ausgabe der Richterzeitung die Unabhängigkeit der Gerichte im Zentrum stand, soll im Anschluss daran die verwandte Problematik der Unabhängigkeit der Verwaltung, insbesondere die eng damit verbundene Frage nach der Unabhängigkeit der medizinischen Begutachtung im Invalidenversicherungsverfahren, näher beleuchtet werden. Im Hinblick auf den Leitentscheid BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011 haben sich diesbezüglich einige neue, grundsätzlich zu begrüßende Entwicklungen ergeben, die den EMRK-Standard insgesamt auch im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren umsetzen.

Zitiervorschlag: Philipp Egli, Thomas Gächter, Die Unabhängigkeit der medizinischen Begutachtung im Verfahren der Invalidenversicherung, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2011/3

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Die EMRK-Dimension der Problematik
 - A. Das Gutachtensverfahren der Invalidenversicherung im Licht der EMRK
 1. Keine Beweismittelvorschriften in der EMRK
 2. Nationaler Spielraum
 3. Sachverständigenbeweis
 - a. Anforderungen im Allgemeinen
 - b. Schweizerischer Kontext
 - B. Rechtsgutachten von Jörg Paul Müller und Johannes Reich
 1. Fragestellung
 2. Argumentation
 3. Schlussfolgerungen der Gutachter
- III. Neuste Leitentscheide zur EMRK-Konformität des Begutachtungsverfahrens in der Invalidenversicherung
 - A. BGE 136 V 376
 - B. BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011
 1. Ausgangssachverhalt und Problemstellung
 2. Bundesgerichtliches Verfahren
 3. Appellatorische Elemente des Entscheids
 - a. Zweiteilung des Entscheids in appellatorische und direkt anspruchsbegründende Elemente
 - b. Grundlagen der appellatorischen Kritik
 - c. Präferenzen für ein künftiges System
 4. Praxisänderungen
 - a. Anordnung der Begutachtung als Zwischenverfügung (Änderung der Praxis von BGE 132 V 93)
 - b. Erweiterung der Mitwirkungsrechte für die Versicherten im Rahmen von Art. 44 ATSG (Änderung der Praxis von BGE 133 V 446)
 - c. Anordnung der Begutachtung durch das angerufene Gericht
 - C. Gesamtbild
- IV. Exkurs: Bemerkungen zur Konstruktion der «Unabhängigkeit der Verwaltung»
 - A. Verwaltung und Justiz
 - B. Verwaltung als schematischer Gesetzesvollzug?
 - C. Eigenständigkeit der Verwaltung
 - D. Befangenheit der Verwaltung
 - E. Folgerungen
- V. Fazit

I. Ausgangslage

[Rz 1] Seit einigen Jahren hat sich die Berentungspraxis der Invalidenversicherung bei verschiedenen Krankheitsbildern verschärft. Insbesondere aufgrund der so genannten Schmerz- oder Überwindbarkeitsrechtsprechung, die im Jahr 2004 begründet wurde (BGE 130 V 352), führen bestimmte Diagnosen grundsätzlich nicht mehr zu einer Rente, wenn nicht besondere zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind.¹ Ganz allgemein wurde in den letzten Jahren den medizinischen Voraussetzungen der Invalidität, d.h. der gutachterlichen Abklärung der medizinischen Anspruchsvoraussetzungen, seitens der Invalidenversicherung vermehrte Aufmerksamkeit geschenkt, nachdem es in den 90er-Jahren des letzten Jahrhunderts und in den ersten Jahren des

neuen Jahrtausends zu einem erheblichen Anstieg von Neu-berentungen aufgrund schwer fassbarer Krankheitsbilder gekommen war (Schmerzerkrankungen, psychische Erkrankungen). Der erhebliche Spardruck sowie das politisch definierte Ziel, die Zahl der Neu-berentungen deutlich zu senken, haben ihren Teil zu dieser stark vertieften Anspruchsprüfung beigetragen.

[Rz 2] Der mit den genannten Umständen verbundene Bedeutungszuwachs der medizinischen Begutachtung, insbesondere der polydisziplinären Begutachtung durch die Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS), führte immer häufiger zu Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Einsetzung von Gutachtern; nicht zuletzt deshalb, weil es eine *grosse Streubreite der Möglichkeiten gibt, einen komplexen Fall medizinisch zu beurteilen*,² und damit der Anspruch häufig von der Auswahl der Gutachter abhängt.

[Rz 3] Eine Reihe von Leitentscheiden befasste sich in den letzten Jahren denn auch mit Fragen der Parteirechte im Zusammenhang mit der medizinischen Begutachtung.³ Auch die Anforderungen an die Unabhängigkeit der medizinischen Gutachterinnen und Gutachter wurden immer wieder als Prozesssthema aufgegriffen. Weiter gehörten diese Fragen zu den am dichtesten bearbeiteten Gebieten der sozialversicherungsrechtlichen Lehre, zu der zahlreiche Publikationen erschienen und wissenschaftliche Tagungen durchgeführt wurden.⁴ *Insgesamt tendierte die Praxis dazu, die Parteirechte der Versicherten abzubauen oder zu schwächen, die Bedeutung der von den IV-Stellen veranlassten MEDAS-Gutachten jedoch zu verstärken und die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Gutachter zurückhaltend auszugestalten.*

[Rz 4] Einer breiteren Öffentlichkeit wurde diese Problematik durch ein Rechtsgutachten (Parteigutachten)⁵ bekannt, das in den Massenmedien erhebliche Beachtung fand:⁶ Prof. Dr.

¹ Siehe zur gesamten Entwicklung statt vieler U. MEYER, Somatoforme Schmerzstörung – ein Blick zurück auf eine Dekade der Entwicklung, in: R. Schaffhauser/U. Kieser Ueli (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2010, St. Gallen 2011, S. 9 ff.,

² Vgl. BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.5; siehe etwa auch BGE 9C_661/2009 vom 29. September 2009, E. 3.2: «in der Natur der Sache begründete weitgehend fehlende Validierbarkeit [Reliabilität] psychiatrischer Diagnosen».

³ Siehe hinten Fn. 89 ff.

⁴ Siehe etwa den Tagungsband E. MURER (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der medizinischen Begutachtung, Medizin zwischen dem Hammer der Anwaltschaft und dem Amboss der Versicherer, Bern 2010 und darin die Zusammenfassung kritischer Stellungnahmen bei M. ALIOTTA, Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht – eine kritische Würdigung ausgewählter verfahrensrechtlicher Aspekte, S. 63 ff., siehe auch die aktuelle Darstellung der Praxis, samt Hinweisen auf die Literatur, in U. MÜLLER, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010, S. 309 ff.

⁵ Siehe die kritische Stellungnahme zur Stossrichtung der Kritik im Allgemeinen bei K. GERBER, Die MEDAS (einmal mehr) im Kreuzfeuer der Kritik, SZS 2010, S. 364 ff.

⁶ Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten zuhanden von lic. iur. Philip Stolk,

JÖRG PAUL MÜLLER und Dr. JOHANNES REICH legen dar, dass das geltende Begutachtungsverfahren der IV den Standards der EMRK⁷ nicht genüge. Diese Kritik war in wesentlichen Teilen berechtigt. Das Bundesgericht hat in jüngster Zeit denn auch mit einer ziemlich weitgehenden Praxisänderung reagiert und auf die Behebung der bestehenden oder zumindest drohenden Verfahrensdefizite hingewirkt. Im Folgenden werden die rechtlichen Grundprobleme, die sich in diesem Zusammenhang gestellt haben, aufgezeigt und die Auswirkungen der neuen Praxis dargestellt.

II. Die EMRK-Dimension der Problematik

A. Das Gutachtensverfahren der Invalidenversicherung im Licht der EMRK

1. Keine Beweismittelvorschriften in der EMRK

[Rz 5] Wie das Bundesgericht zu Recht betont, entspricht es konstanter Rechtsprechung des EGMR, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK keine «Vorschriften darüber [enthält], welche Beweismittel im Gerichtsverfahren zulässig sind und wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind.»⁸ Die EMRK regelt nicht das Beweisrecht *als solches*, sondern die menschenrechtlichen Anforderungen hieran. Der EGMR äussert sich somit zum Beweisrecht unter dem (eingeschränkten) Blickwinkel der Konventionsgarantien, allen voran des Rechts auf ein faires Verfahren («fair trial») nach Art. 6 EMRK.⁹ Entscheidend

ist die Frage, *ob das Verfahren vor den nationalen Instanzen als Ganzes, darin eingeschlossen die Beweiserhebung, fair war.*¹⁰

2. Nationaler Spielraum

[Rz 6] In dieser Rechtsprechung konkretisiert sich die Zurückhaltung des EGMR vor einem Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen und eine Beschränkung auf die ihm von den Konventionalstaaten eingeräumte Kompetenz (Art. 19 EMRK):¹¹ «The European Court should confine itself as far as possible to examining the question raised by the case before it.»¹² Diese richterliche Selbstzurückhaltung («judicial self-restraint») spiegelt sich im «stark kasuistischen Vorgehen» der Rechtsprechung des EGMR wider, die sich «weitgehend an den spezifischen Besonderheiten des jeweiligen Sachverhalts orientiert und sich daher nur sehr bedingt verallgemeinern lässt.»¹³ Es mag aus dogmatischer und methodologischer Sicht einiges dafür sprechen, dass sich eine solch kasuistische Vorgehensweise – im Verbund mit einer ebenso einzelfallorientierten (Grund-)Rechtsdogmatik – im Ergebnis geradezu gegenteilig auswirkt.¹⁴ Jedenfalls lässt sich die

l'espèce, la procédure litigieuse, envisagée comme un tout, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable [...]»

¹⁰ Urteil des EGMR *Gäfen gegen Deutschland* vom 1. Juni 2010, Nr. 22978/05, § 163: «The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair.»; Urteil des EGMR *Bykov gegen Russland* vom 10. März 2009, Nr. 4378/02, § 89.

¹¹ Urteil des EGMR *Bykov gegen Russland* vom 10. März 2009, Nr. 4378/02, § 88; Urteil des EGMR *García Ruiz gegen Spanien* vom 21. Januar 1999, Nr. 30544/96, § 28: «In so far as the applicant's complaint may be understood to concern assessment of the evidence and the result of the proceedings before the domestic courts, the Court reiterates that, according to Article 19 of the Convention, its duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. Moreover, while Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts (see the *Schenk v. Switzerland* judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45-46).»; VETTERLI (Fn. 8), S. 116 («deklarierte Selbstbegrenzung»), 134.

¹² Urteil des EGMR *Zumtobel gegen Österreich* vom 21. September 1993, Nr. 12235/86, A268-A, § 32; zur in der Schweiz aufgeflammt Diskussion darüber, ob dies dem EGMR immer gelingt, vgl. BGER 9F_9/2009 vom 15. September 2010 (zur Publikation vorgesehen), insb. E. 7.3.3.3; kritisch zur bundesgerichtlichen Kritik am EGMR J. P. MÜLLER, Übertriebene und ungerechtfertigte Kritik des Bundesgerichts am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Jusletter 21. Februar 2011.

¹³ Gutachten (Fn. 6), N 43; H. AEMISEGGER, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, in: Jusletter 20. Juli 2009, N 52.

¹⁴ Zugespitzt die Kritik bei H. SEILER, Praktische Rechtsanwendung, Bern 2009, S. 109 ff. («Eindruck einer reinen Einzelfall-Gefühlsjurisprudenz»); sachlicher F. SCHÜRMANN, Prinzipien und Prinzipienlosigkeit in der Strassburger Rechtsprechung zum Strafverfahren, ZStrR 2001, S. 352 ff., S.

Rechtsanwalt, Schaffhauserstrasse 345, Postfach 6734, 8050 Zürich, erstattet von Prof. Dr. iur. JÖRG PAUL MÜLLER, LL.M. (Harvard), em. Ordinarius für Staatsrecht, Völkerrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Bern, ehem. nebenamtlicher Bundesrichter und Dr. iur. JOHANNES REICH, LL.M. (Yale), Rechtsanwalt, Kellerhals Anwälte, Bern, Bern 11. Februar 2010 (nachfolgend: Gutachten); siehe z.B. http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=29.09.2009_9C_661/2009 http://www.humanrights.ch/upload/pdf/100422_Rechtsgutachten_IV.pdf

⁷ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

⁸ BGE 135 V 465 E. 4.3, m.H. auf die Rechtsprechung des EGMR; ferner Urteil des EGMR *Schenk gegen die Schweiz* vom 12. Juli 1988, Nr. 10862/84, Serie A Bd. 140, § 46: «While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law.»; Urteil des EGMR *Moczulski gegen Polen* vom 19. April 2011, Nr. 49974/08, § 53: «Moreover, while Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts (see, *García Ruiz v. Spain* [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I, with further references).»; L. VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, Luzern 2010, S. 115 ff.

⁹ Urteil des EGMR *Viorel Burzo gegen Rumänien* vom 30. Juni 2009, Nr. 75109/01 / 12639/02, § 137: «La Cour souligne que si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne [...]. Cela ne dispense pas la Cour du devoir de rechercher si, en

kompetenzrechtlich begründete Zurückhaltung des EGMR nicht auf das Bundesgericht übertragen. Deshalb sollte es die kasuistische Betrachtung des EGMR nicht übernehmen, sondern stärker regel- statt einzelfallorientiert argumentieren, was es denn im jüngsten Leitentscheid zur hier interessierenden Fragestellung auch getan hat.

3. Sachverständigenbeweis

a. Anforderungen im Allgemeinen

[Rz 7] Wegleitend ist der dem Recht auf ein faires Verfahren inhärente Grundsatz der *prozessualen Chancengleichheit*.¹⁵ Aus Art. 6 EMRK lässt sich dabei kein Recht auf einen *unabhängigen* gerichtlichen Sachverständigen ableiten. Vielmehr ist der Anspruch auf ein faires Verfahren gewahrt, wenn ein allfälliges Näheverhältnis des Experten zu einer Verfahrenspartei durch entsprechende Massnahmen zu Gunsten der anderen Parteien *ausgeglichen bzw. kompensiert* wird; sei dies dadurch, dass diese ihren «eigenen» Sachverständigen beiziehen oder dass sie die Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen erwirken können.

[Rz 8] Der EGMR überlässt es dabei dem (nationalen) Gesetzgeber, ob und wie er die prozessuale Chancengleichheit mit Bezug auf den Sachverständigenbeweis wahrt. *Die erforderliche Verfahrensfairness kann «sowohl durch Unparteilichkeit als auch durch Waffengleichheit hergestellt werden»*,¹⁶ wobei zwischen den Polen eines Sachverständigen in der Rolle eines «neutralen und unparteilichen Helfers des Gerichts» einerseits und eines Sachverständigen in der Rolle eines «Belastungszeugen» andererseits eine Vielzahl von Verfahrensausgestaltungen denkbar sind, die *im konkreten Fall* dem Anspruch auf ein faires Verfahren genügen. CHRISTOPH GRABENWARTER¹⁷ hat dies wie folgt zusammengefasst: «Art 6 enthält daher für Sachverständige genau genommen zwei alternative Gebote, die wieder voneinander abhängen, nämlich die Unabhängigkeit der Sachverständigen oder aber die Waffengleichheit bei der Zuziehung nicht unabhängiger Sachverständiger. Es ist hinreichend, wenn bloss eines der beiden Gebote erfüllt ist.»

[Rz 9] Der EGMR hat unter Einbezug der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zu ergründen, ob die Anforderungen an ein faires Verfahren mit Bezug auf den Sachverständigenbeweis im konkreten Verfahren erfüllt waren. Darin bestätigt sich das stark einzelfallorientierte, kasuistische Vorgehen des EGMR. Art. 6 EMRK regelt nicht den Sachverständigenbeweis als

solchen, setzt aber voraus, dass dieser auf eine Art und Weise erhoben und gewürdigt wird, die den Anforderungen an ein «fares Verfahren» entspricht. Dabei muss namentlich berücksichtigt werden, welche verfahrensrechtliche Stellung der Sachverständige nach dem nationalen Recht einnimmt und auf welche Art und Weise er seine Aufgaben ausübt.¹⁸ Wenn also ein Gericht einem Gutachten eines von ihm bestellten Sachverständigen aufgrund seiner Funktion eines neutralen und unabhängigen Helfers des Gerichts grösseren Beweiswert einräumt als den von den Parteien beigebrachten Sachverständigengutachten, so verstösst es gegen den Grundsatz der Waffengleichheit und zugleich gegen die Garantie eines unabhängigen Gerichts, wenn der gerichtlich bestellte Sachverständige im konkreten Fall nicht unabhängig ist, seinem Gutachten aber dennoch ein privilegierter Beweiswert eingeräumt wird.¹⁹ Entscheidend ist dabei für den EGMR nicht, ob mit der Bestellung eines befangenen gerichtlichen Sachverständigen gegen nationales Recht (etwa gegen Ausstandsvorschriften) verstossen wird, sondern ob daraus ein unfaires Verfahren resultiert.²⁰

b. Schweizerischer Kontext

[Rz 10] So lässt sich erklären, weshalb der EGMR in einem Nichtzulassungsentscheid²¹ mit Blick auf verwaltungsinterne Gutachten (Kreisärzte der SUVA) unterstreichen konnte, «que le seul fait que des experts soient employés par l'autorité administrative appelée à se prononcer sur un dossier n'autorise pas en soi à les juger incapables d'agir avec l'objectivité requise [...]». Die Individualbeschwerde richtete sich gegen BGE 122 V 157, mit welchem Entscheid das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) «den juristischen Salto mortale einer Gleichstellung von versicherungsangestellten Ärzten mit unabhängigen Administrativgutachtern»²² vollzog. Gegen dieses versicherungsgerichtliche Wagnis erhob die versicherte Person Individualbeschwerde an den EGMR und machte geltend, dass ein verwaltungsexternes Gutachten hätte eingeholt werden müssen.

[Rz 11] Der EGMR bekräftigte mit der erwähnten Aussage, dass sich aus Art. 6 EMRK kein Recht auf ein verwaltungsexternes Gutachten ableiten lässt. Allerdings – und das geht aus dem Nichtzulassungsentscheid ebenso deutlich hervor

367.

¹⁵ R. KIENER/M. KRÜSI, Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen, ZSR 2006 I, S. 487 ff., S. 492.

¹⁶ B. DAVY, Sachverständigenbeweis und Fairness des Verfahrens, Zeitschrift für Verwaltung (ZfV) 1986, S. 310 ff., S. 314; daran anschliessend Chr. GRABENWARTER, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Teil 3: Grundrechte, 8. Lfg. 2007, Art. 6 EMRK N 98 f.

¹⁷ GRABENWARTER (Fn. 16), Art. 6 EMRK N 98 f. (ohne Hervorhebung).

¹⁸ Vgl. Urteil des EGMR *Sara Lind Eggertsdóttir gegen Island* vom 5. Juli 2007, Nr. 31930/04, § 47, m.w.H.

¹⁹ So die Konstellation im Urteil des EGMR *Sara Lind Eggertsdóttir gegen Island* vom 5. Juli 2007, Nr. 31930/04, §§ 53 und 54; vgl. dazu auch BGER 8C_943/2009 vom 13. Januar 2010, E. 4.2.

²⁰ Vgl. dazu zu illegal erworbenen Beweismitteln VETTERLI (Fn. 8), S. 115 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR.

²¹ Nichtzulassungsentscheid des EGMR *T.B. gegen die Schweiz* vom 22. Juni 1999, Nr. 33957/96, gekürzt wiedergegeben in VPB 64.138.

²² U. MEYER-BLASER, Das medizinische Gutachten aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, in: A.M. Siegel/D. Fischer (Hrsg.), Die neuologische Begutachtung, Schweizerisches medico-legales Handbuch Bd. 1, Zürich 2004, S. 99 Fn. 39.

– setzt das Abstellen auf ein versicherungsinternes Gutachten voraus, dass der Anspruch auf prozessuale Chancengleichheit der versicherten Person gewahrt ist, sie also dem Versicherungsträger als Gegenpartei – Gegenpartei!²³ – vor Gericht auf gleicher Augenhöhe begegnet.²⁴ Das konnte der EGMR vorliegend plausibel begründen: Die versicherte Person war in allen Verfahrensstadien anwaltlich vertreten, konnte ihren Standpunkt sehr ausführlich darlegen und zu demjenigen der Gegenpartei Stellung nehmen. Das EVG hatte gestützt auf ein umfassendes Dossier entschieden, das neben den versicherungsinternen Gutachten noch andere Arztberichte enthielt, die vom Gericht auch tatsächlich berücksichtigt wurden, was zu einer bedeutenden Erhöhung des Invaliditätsgrades (von 25% auf 52%) führte. Im Übrigen hob der EGMR hervor, dass die versicherte Person sich nicht inhaltlich mit den versicherungsinternen Gutachten auseinandersetzte, also nicht darlegte, was in ihnen anfechtbar oder gar falsch gewesen sein sollte.

[Rz 12] Da die prozessuale Chancengleichheit im konkreten Fall gewahrt war, konnte der Beschwerde an den EGMR kein Erfolg beschieden sein. Ganz im Sinne seiner einzelfallorientierten Betrachtungsweise konnte der EGMR auf Weiterungen verzichten. So äusserte er sich denn auch nicht dazu, ob die gewagte Gleichstellung von versicherungsinternen und versicherungsexternen Gutachten überzeugt. Solche Aussagen zu Beweisregeln des nationalen Rechts fallen nicht in die Kompetenz des EGMR. Entscheidend war vielmehr, dass diese Gleichstellung *im konkreten Fall* den Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit nicht verletzte. Aus dem Nichtzulassungsentscheid lässt sich aber nicht die Regel ableiten, dass versicherungsinternen Gutachten gegenüber Gutachten, die von der versicherten Person in das Verfahren eingebracht werden (Parteigutachten), ein erhöhter Beweiswert zugemessen werden könnte. Vielmehr durften die nationalen Instanzen nur deshalb auf das versicherungsinterne Gutachten abstellen, weil die versicherte Person ausreichend Gelegenheit erhalten hatte, ihren Standpunkt darzulegen, und vom Gericht auch tatsächlich gehört wurde. Dies entspricht einer Argumentationslinie, welcher der EGMR auch im Urteil *Zumtobel gegen Österreich* folgte.²⁵

[Rz 13] Ferner hat das Bundesgericht in BGE 135 V 465 daran angeknüpft, indem es den Anspruch auf eine versicherungsexterne Begutachtung (weiterhin) verneinte, aber den Beweiswert versicherungsinterner Gutachten davon abhängig machte, dass sich die versicherte Person *effektiv dagegen*

wehren konnte. Der *Beweiswert* weist damit nicht nur eine fachlich-inhaltliche (Qualität des Gutachtens), sondern *auch eine prozedurale Dimension* auf. Während versicherungsinterne und versicherungsexterne Gutachten in fachlich-inhaltlicher Hinsicht bei Erfüllen der durch die Rechtsprechung aufgestellten Qualitätskriterien durchaus dieselbe Güte besitzen können, ist in prozeduraler Hinsicht zu beachten, dass der versicherten Person aufgrund des Grundsatzes der Waffengleichheit die Möglichkeit eingeräumt werden muss, sich effektiv gegen versicherungsinterne Gutachten zu wehren.

[Rz 14] Diese Zweiteilung mag Folge einer spezifisch rechtlichen Sichtweise sein, welche klar zwischen materiellem Recht und Prozessrecht unterscheidet. Darüber hinaus fördert die Rechtsprechung des EGMR diese Unterscheidung, da sie Gutachten in den hier interessierenden Fällen unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens, also aus prozessualer Optik, betrachtet hat. Diese Zweiteilung erklärt auch, weshalb das Bundesgericht festhält, dass versicherungsinterne Gutachten praxisgemäss dieselbe und doch nicht dieselbe Beweiskraft aufweisen wie ein versicherungsexternes Gutachten.²⁶ Solch widersprüchliche Aussagen sind Folge zweier verschiedener Betrachtungsweisen, einer materiellen wie einer prozeduralen, wie sie mitunter selbst im gleichen Urteil zum Ausdruck kommen. Das Bundesgericht räumt der materiellen Betrachtungsweise auch nach BGE 135 V 465 ein stärkeres Gewicht ein, was aus Sicht der Verfahrensgarantien problematisch erscheint.²⁷

[Rz 15] Überhaupt ist fraglich, ob die Verfahrensfairness damit gewahrt wird, dass die versicherte Person ausreichend Gelegenheit erhält, ihren Standpunkt darzulegen. So gibt es Hinweise darauf, dass sich die versicherte Person mit Blick auf die prozessualen Handlungschancen typischerweise bzw. strukturell in einer schlechteren Position befindet als der Versicherungsträger – eine Ausgangslage, die alleine mit der Möglichkeit zur Stellungnahme nicht überwunden werden kann.²⁸ Damit mögen die Grenzen eines individualrecht-

²³ Der Nichtzulassungsentscheid spricht von der SUVA als «la partie adverse».

²⁴ Vgl. dazu auch Urteil des EGMR *Zumtobel gegen Österreich* vom 21. September 1993, Nr. 12235/86, A268-A, § 35 i.V.m. § 32; kritisch zu diesem Ansatz CHR. GRABENWARTER, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien/New York 1997, S. 635.

²⁵ Urteil des EGMR *Zumtobel gegen Österreich* vom 21. September 1993, Nr. 12235/86, A268-A, § 35 i.V.m. § 32.

²⁶ Statt vieler BGE 9C_745/2010 vom 30. März 2011, E. 3.3.

²⁷ Siehe BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 1.2.1: Der Beweiswert von RAD-Gutachten sei «mit jenen von externen medizinischen Sachverständigengutachten [...] vergleichbar, sofern sie den von der Rechtsprechung umschriebenen Anforderungen an ein ärztliches Gutachten genügen [...]».

²⁸ So bereits Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend die Organisation und das Verfahren des eidgenössischen Versicherungsgerichts, BBl 1915 IV 233, S. 243, zur Einführung der «Offizialmaxime» im Sinne des Untersuchungsgrundsatzes: «Denn es steht zu erwarten, dass die Anstalt [= SUVA] mit ihren Erfahrungen und ihrem auch auf die Prozessführung eingeschulten Personal dieser Hülfe des Gerichts wohl entraten könnte, während Versicherte und deren Vertreter, die nur gelegentlich Ansprüche aus der Unfallversicherung geltend machen, den Kern der Sache eher verkennen und die Rechtsprechung des Gerichtes weniger zu verfolgen in der Lage sind. Aber gerade diese Überlegenheit der Anstalt ist ein Grund mehr, dem Gerichte einen ausgleichenden Einfluss auf die Geltendmachung der Parteistandpunkte einzuräumen.» (Hervorhebung beigelegt). Bemerkenswert ist dabei, dass die prozessuale Chancengleichheit durch eine institutionelle

lichen Verständnisses des Rechts auf ein faires Verfahren überschritten und damit die Kompetenzgrenzen des EGMR erreicht sein. Doch auch hier gilt, dass es verkürzt wäre, Grundrechte nur aus individualrechtlicher Perspektive zu betrachten.

[Rz 16] *Zusammenfassend* lässt sich die Rechtsprechung des EGMR zu den Anforderungen von Art. 6 EMRK an den Sachverständigenbeweis weniger von einem regelorientierten, vom Einzelfall abstrahierenden Ansatz aus verstehen als von einem dynamisch-prozessualen Verständnis der prozessualen Chancengleichheit, die einzelfallorientiert im jeweils zu beurteilenden Fall vorliegen muss.

B. Rechtsgutachten von JÖRG PAUL MÜLLER und JOHANNES REICH

1. Fragestellung

[Rz 17] Im Februar 2010 erstatteten Prof. Dr. iur. JÖRG PAUL MÜLLER und Dr. iur. JOHANNES REICH im Auftrag von Rechtsanwalt Philip Stolkin ein Gutachten²⁹, das sich mit der Frage der Vereinbarkeit der Verfahren zur Beurteilung von Ansprüchen auf Leistungen der Invalidenversicherung mit den Anforderungen an ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK auseinandersetzt. Im Zentrum stand die Frage nach der Unabhängigkeit der Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) und der Verwirklichung der Waffengleichheit mit Blick auf den Beweiswert der von diesen erarbeiteten medizinischen Gutachten.

2. Argumentation

[Rz 18] Nach einem kurzen Abriss der Grundlagen der Invalidenversicherung anhand der einschlägigen Bestimmungen in der BV³⁰ (Art. 112), im IVG³¹ (Art. 1b und 4), AHVG³² (Art. 1) und ATSG³³ (Art. 7 und 8) erläutern die Autoren die einzelnen Verfahrensschritte und -parteien.

[Rz 19] Sie legen dar, dass das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) im Rechtsmittelverfahren *Partei* sein kann.³⁴ «Wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann» (Art. 89

Abs. 2 lit. a BGG³⁵), ist das BSV legitimiert, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu erheben.³⁶ Diese Voraussetzung ist erfüllt, soweit «die richtige Anwendung des in Frage stehenden Bundesrechts gefährdet scheint».³⁷ Die *Parteistellung* gilt ebenso für die IV-Stellen.³⁸

[Rz 20] Die Gutachter erläutern sodann die «*eminente Bedeutung*» der medizinischen Gutachten in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren um die Beurteilung von Leistungsansprüchen und legen dar, wie das Bundesgericht die Gutachten beweisrechtlich behandelt. Zwar gilt im Sozialversicherungsrecht der Grundsatz der freien Beweiswürdigung,³⁹ die Autoren führen jedoch aus, dass das Bundesgericht im Bereich der sozialversicherungsrechtlichen Leistungsansprüche dennoch eine Skala zur Bemessung des Beweiswerts von Gutachten aufgestellt hat.⁴⁰ Diese gründet auf der institutionellen Stellung des Gutachters oder der Gutachterin.⁴¹ Die Gutachten der MEDAS müssen nach den Verfahrensregeln von Art. 44 ATSG eingeholt werden.⁴² Erfolgt dies korrekt, ist diesen Gutachten laut Bundesgericht «voller Beweiswert»⁴³ zuzuerkennen, «solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen».⁴⁴

[Rz 21] In der Folge legen die beiden Rechtsgutachter kritisch dar, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wirtschaftliche Abhängigkeit nicht dazu führt, dass der Gutachter oder die Gutachterin in den Ausstand zu treten hat, selbst

³⁵ Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110).

³⁶ Gestützt auf Art. 201 Abs. 1 AHVV (Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; SR 831.101) i.V.m. Art. 89 IVV (Verordnung über die Invalidenversicherung; SR 831.201) und Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG.

³⁷ B. WALDMANN, in: M. A. Niggli/P. Uebersax/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008 (nachfolgend: AUTOR, BSK BGG), Art. 89, N. 52.

³⁸ Gutachten (Fn. 6), N. 14 ff., m.H. auf Art. 201 Abs. 1 AHVV i.V.m. Art. 89 IVV, Art. 62 Abs. 1bis ATSG und Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG. Vgl. BGE 105 V 186 E. 1: «Le recourant et l'administration dont la décision est en cause jouissent de tous les droits attribués par la loi aux parties.» Dazu z.B. M. VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Genf u.a. 2011, N 2757, m.w.H. Ferner scheint das Bundesgericht mitunter die Beschwerdebefugnis der IV-Stellen auch direkt auf Art. 89 Abs. 1 BGG abzustützen, so etwa in 9C_980/2010 vom 20. Juni 2011, E. 3.2: «Falls die versicherte Person [...] Beschwerde erhebt, kann die Verwaltung gestützt auf Art. 61 lit. d ATSG beantragen, es sei weniger zuzusprechen als von ihr verfügt. Dringt der Antrag nicht durch, ist die IV-Stelle als unterliegende Partei beschwert, und sie ist befugt, den kantonalen Entscheid vor Bundesgericht anzufechten (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG; Art. 201 AHVV [...]).» Begründung könnte sein, dass die IV-Stelle die IV im Prozess vertritt (vgl. Art. 57 lit. g IVG und E. 2 des erwähnten Urteils) und es um «vermögenswerte Interessen» des Gemeinwerts geht.

³⁹ BGE 125 V 351, E. 3a; vgl. auch U. KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 43, N. 33.

⁴⁰ Gutachten (Fn. 6), N 22.

⁴¹ BGE 125 V 351, E. 3b und 3b aa–ee.

⁴² BGE 132 V 376, E. 6.1.

⁴³ BGE 135 V 465, E. 4.4

⁴⁴ BGE 125 V 351, E. 3b bb.

Vorkehr (Einführung Untersuchungsgrundsatz) kompensiert wurde und nicht auf die Einräumung individueller Verfahrensgarantien gesetzt wurde.

²⁹ Siehe Fn. 6

³⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

³¹ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20).

³² Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10).

³³ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1).

³⁴ Gutachten (Fn. 6), N. 10 ff.

wenn ein erheblicher Teil des Einkommens aus Gutachter-tätigkeiten für IV-Stellen generiert wird.⁴⁵ Dies sogar dann, wenn die betreffenden Ärzte «vollständig von ihrem Arbeitgeber abhängig sind»⁴⁶, im vorliegenden Zusammenhang also ihr gesamtes Einkommen aus Gutachtertätigkeit für die betreffende MEDAS erzielen. Sie zeigen auf, dass die MEDAS durchschnittlich etwa ein Gutachten pro Tag erstellen, was einen erheblichen finanziellen Umsatz bedeutet. Eine Kündigung der Vereinbarung durch das BSV kann eine MEDAS also in existentielle wirtschaftliche Bedrängnis bringen. Das BSV ist sowohl Vertragspartei der Vereinbarungen mit den MEDAS und damit indirekter Auftraggeber als auch Partei im Rechtsmittelverfahren. Die IV-Stellen wiederum sind direkte Auftraggeber⁴⁷ und bereits im kantonalen Gerichtsverfahren Partei.⁴⁸ Es bestehen «nach Meinung der Gutachter *schwerwiegende objektive Zweifel* an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen durch MEDAS».⁴⁹

[Rz 22] Ein Mangel in Bezug auf die Unabhängigkeit eines sachverständigen Gutachters im Verwaltungsverfahren kann nach der Vorgabe von Art. 6 EMRK in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren kompensiert werden, z.B. indem das Gericht ein Obergutachten bestellt und dieses als Grundlage für den Entscheid in der Sache verwendet. Dies ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei einem nach Art. 44 ATSG eingeholten Gutachten jedoch nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich, weshalb in der Praxis ein Zweitgutachten nur ausnahmsweise angeordnet wird. Im innerstaatlichen schweizerischen Recht fehlen also die prozessualen Garantien, um eine allfällige Verletzung zu kompensieren.⁵⁰

[Rz 23] Das aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitete Prinzip der Waffengleichheit verlangt aber die tatsächliche prozessuale Gleichstellung der Parteien. Weil sich das sozialversicherungsrechtliche Verfahren «durch ein relativ hohes Mass an Ungleichheit zwischen den Beteiligten zu Gunsten der Verwaltung»⁵¹ auszeichnet, kommt der Waffengleichheit hier eine herausragende Bedeutung zu. Auch wenn die rasche und einfache Erledigung des Verfahrens im Interesse des Gesuchstellers liegt, sind dennoch die elementaren Anforderungen aus Art. 6 EMRK zu erfüllen. Die hierzu nötigen kompensatorischen Behelfe sind nach Meinung der Gutachter im zu untersuchenden Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren nicht auszumachen. Sie erachten das Prinzip der Waffengleichheit im Sinne von Art. 6 EMRK als ungenügend verwirklicht.

3. Schlussfolgerungen der Gutachter

[Rz 24] Die Gutachter kommen zum Schluss, dass «die gegenwärtige Ausgestaltung des Verfahrens zur Beurteilung von Leistungsansprüchen gegenüber der Invalidenversicherung im Hinblick auf das grosse Gewicht der von Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) erstellten Gutachten dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) *nicht genügt*».⁵² Sie zeigen auf, dass «schwerwiegende objektive Zweifel»⁵³ an der Unabhängigkeit der MEDAS gegenüber der Verwaltung bestehen, begründet in den Strukturen der administrativen und wirtschaftlichen Beziehung dieser beiden Stellen. Zudem messe das Bundesgericht den durch die MEDAS erstellten medizinischen Gutachten, die der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse mit Bezug auf Leistungsansprüche gegenüber der Invalidenversicherung dienen, einen sehr hohen Beweiswert zu. Wie die Autoren kritisieren, fehlt im Verfahren ein *kompensatorisches Element zu Gunsten der Anspruch stellenden Person*, um die «echte prozessuale Chancengleichheit»⁵⁴ herzustellen. Im Ergebnis verletze die gegenwärtige Regelung den Standard von Art. 6 EMRK dadurch, dass die Invalidenversicherung als spätere Prozesspartei Gutachten erstellen lassen könne, denen voller Beweiswert zukomme, obwohl die MEDAS in der Regel wirtschaftlich überwiegend von der Invalidenversicherung abhängig sind.

III. Neuste Leitentscheide zur EMRK-Konformität des Begutachtungsverfahrens in der Invalidenversicherung

A. BGE 136 V 376

[Rz 25] Am 9. September 2010 befasste sich das Bundesgericht ein erstes Mal mit den Argumenten, die im Gutachten Müller/Reich herausgearbeitet wurden. Eine Versicherte führte diese an, ohne die Rügen jedoch speziell für ihren Fall zu substantiieren.⁵⁵

[Rz 26] Das Gericht hielt fest, dass die IV-Stelle – entgegen einer der zentralen Annahmen im Gutachten – nach ständiger Praxis nicht als Partei, sondern als zur Neutralität und Objektivität verpflichtetes Organ des Gesetzesvollzugs gelte, solange in der Sache keine Beschwerde angehoben sei. Auch nach der Rechtshängigkeit werde die Verwaltung zwar im prozessualen Sinn zur Partei, sie sei *lite pendente* indes weiterhin der Objektivität verpflichtet und habe daher nicht auch im materiellen Sinn Parteieigenschaft. Auf dieser Grundlage beruhe die Rechtsprechung über die Beweiskraft

⁴⁵ BGE 9C_67/2007 vom 28. August 2007, E. 2.4.

⁴⁶ BGE 9C_67/2007 vom 28. August 2007, E. 2.4.

⁴⁷ Art. 59 Abs. 3 IVG.

⁴⁸ Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. i IVV.

⁴⁹ Gutachten (Fn. 6), N. 57.

⁵⁰ Gutachten (Fn. 6), N. 53.

⁵¹ BGE 135 V 465, E. 4.3.1.

⁵² Gutachten (Fn. 6), N. 72.

⁵³ Gutachten (Fn. 6), N. 72.

⁵⁴ Gutachten (Fn. 6), N. 72.

⁵⁵ BGE 136 V 376, E. 4.2.

versicherungsmedizinischer Berichte und Gutachten, an der festzuhalten sei.⁵⁶ Es sei zudem eine Grundentscheidung des Gesetzgebers, dass der Beweis über sozialversicherungsrechtliche Ansprüche schwergewichtig auf der Stufe des Administrativverfahrens und nicht im gerichtlichen Prozess geführt werde. Von dieser Grundentscheidung könnte nur durch eine Änderung des formellen Gesetzesrechts abgewichen werden.⁵⁷

[Rz 27] Auf die Fragen, wie es sich mit der im Gutachten Müller/Reich konstatierten wirtschaftlichen Abhängigkeit der MEDAS von den IV-Stellen verhalte und ob allenfalls verfahrensmässige Korrektive angezeigt seien, ging das Gericht ausdrücklich nicht ein, weil der konkrete Fall hierfür keinen Anlass bot.⁵⁸

[Rz 28] Isoliert betrachtet stünde dieser Entscheid in wesentlichen Punkten im Widerspruch zu den Anforderungen der EMRK, die soeben dargelegt und auch im Gutachten Müller/Reich aufgearbeitet wurden. Entscheidend für die Beurteilung der EMRK-Konformität des Entscheids dürfte indes seine nicht publizierte E. 5 sein, in der sich das Bundesgericht mit den konkreten Vorbringen der versicherten Person auseinandersetzt und insbesondere darauf hinweist, dass das kantonale Gericht seinen Entscheid «nach pflichtgemässer Beweiswürdigung des gesamten umfangreichen medizinischen Dossiers» fällte, welches auch «Berichte der behandelnden Ärzte und stationären Einrichtungen» enthielt (E. 5.2). Damit dürften die Voraussetzungen erfüllt sein, die gemäss der oben erwähnten Rechtsprechung des EGMR⁵⁹ unter dem Aspekt der Waffengleichheit zu erfüllen sind.⁶⁰

⁵⁶ BGE 136 V 376, E. 4.1.2.

⁵⁷ BGE 136 V 376, E. 4.2.1.

⁵⁸ BGE 136 V 376, E. 4.2.3.

⁵⁹ Siehe Fn. 21.

⁶⁰ Daran dürfte der Hinweis auf die praxisgemässe Beweisregel («Richtlinie zur Beweiswürdigung») nichts ändern, nach welcher es die «Verschiedenheit von Behandlungs- und Begutachtungsauftrag» rechtfertigt, den Berichten behandelnder Ärzte aufgrund ihres Nähe- bzw. Vertrauensverhältnisses zur versicherten Person eine geringere Aussagekraft zuzubilligen als einem «unabhängigen» Administrativ- oder Gerichtsgutachten (ständige Rechtsprechung, vgl. insb. BGE 124 I 170 E. 4; ferner z.B. Urteil 9C_24/2008 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2008, E. 2.3.2). Diese Beweisregel erscheint nicht unproblematisch. Aus fachlich-inhaltlicher, qualitativer Sicht ist es sicherlich empfehlenswert, dass eine behandelnde Ärztin nicht als Gutachterin fungiert. Doch besteht die Gefahr, dass damit allfällige Näheverhältnisse der Gutachterin zur Verwaltung in den Hintergrund rücken und die prozessuale Chancengleichheit im Sinne einer «Äquidistanz» der Gutachterin zu beiden Parteien gefährdet ist. Im leading case hierzu (BGE 124 I 170 E. 4) war die Gefahr dadurch gebannt, dass der Gutachter gerichtlich bestellt war und seine Unabhängigkeit ausser Zweifel stand. Bei den Administrativgutachten (statt vieler Urteile I 701/05 des Bundesgerichts vom 5. Januar 2007, E. 2, mit weiteren Hinweisen; 9C_400/2010 des Bundesgerichts vom 9. September 2010 [= BGE 136 V 376], E. 5) oder, wohl unstrittig, bei verwaltungsinternen Gutachten (das Bundesgericht wendet diese Beweisregel – auch nach Erlass von BGE 135 V 465 – selbst gegenüber Stellungnahmen der RAD an, vgl. statt vieler z.B. Urteile 9C_865/2009 des Bundesgerichts vom 3. Dezember 2009,

B. BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011

1. Ausgangssachverhalt und Problemstellung

[Rz 29] Im Gegensatz zur Problemlage, die in BGE 136 V 376 zu beurteilen war, eignete sich die Sachverhaltskonstellation in diesem Verfahren optimal, um die verfahrensrechtlichen Grundsatzfragen im Zusammenhang mit der medizinischen Begutachtung im Invalidenversicherungsverfahren aufzugreifen. Konkret war der Fall einer 1968 geborenen Kassenmitarbeiterin zu beurteilen, die 2003 einen Verkehrsunfall mit verschiedenen Verletzungen an Kopf, Hals und Hand erlitten hatte. Ein im Auftrag der Unfallversicherung erstattetes Gutachten kam 2007 zum Schluss, dass eine um drei Viertel verminderte Leistungsfähigkeit bestehe, v.a. auch aus psychischen Gründen, was in der Folge zu einer vollen Invalidenrente der Unfallversicherung führte. 2007 verlangte die zuständige IV-Stelle eine weitere Begutachtung bei einer MEDAS, wogegen sich die Versicherte vergeblich bis vor Bundesgericht zur Wehr setzte.⁶¹ Das 2008 erstattete Gutachten der MEDAS stellte keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit fest, worauf 2009 der IV-Rentenanspruch durch die zuständige IV-Stelle verneint wurde. Die dagegen erhobene Beschwerde ans Solothurner Versicherungsgericht blieb ohne Erfolg.

[Rz 30] Die Ausgangslage war für die grundlegenden Erörterungen des Bundesgerichts insofern ideal, als ein typisches Beschwerdebild vorlag, bei dem sich die Gutachterfrage zentral stellte, und innert zweier Jahre von zwei unterschiedlichen Gutachterstellen, die je von einem Sozialversicherer beauftragt wurden, höchst unterschiedliche Gutachten vorgelegt wurden.

2. Bundesgerichtliches Verfahren

[Rz 31] Das Bundesgericht scheute offensichtlich keine Mühen, um im vorliegenden Fall die zentralen Fragen umfassend abzuklären. Es nahm einerseits Einsicht in eine Aufsichtsbeschwerde, die beim Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) wegen der mangelnden Unabhängigkeit der MEDAS eingereicht wurde,⁶² und richtete anderseits instruktiv

E. 3.2; 9C_210/2010 des Bundesgerichts vom 7. September 2010, E. 3.4 i.V.m. E. 2.3; 9C_492/2010 des Bundesgerichts vom 31. März 2011, E. 3.4 i.V.m. E. 2.2) gilt diese Prämisse dagegen nicht, wird aber vom Bundesgericht dennoch angewandt, was die besondere Brisanz der Beweisregel ausmacht. Ob der EGMR darin einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK sieht, ist gestützt auf die bisherige Rechtsprechung gleichwohl unsicher, da auch das Bundesgericht einräumt, dass Einschätzungen von behandelnden Ärzten stets in die konkrete Beweiswürdigung einzubeziehen, also nicht «als von vornherein unbeachtlich» eingestuft werden dürfen (9C_24/2008, E. 2.3.2). Damit dürften die Anforderungen von Art. 6 EMRK im Sinne eines individualrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren erfüllt sein.

⁶¹ Urteil 9C_157/2008 vom 20. März 2008.

⁶² Aufsichtsbeschwerde der Rechtsberatungsstelle UP für Unfallopfer und Patienten beim EDI vom 25. Juni 2010 gegen das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), siehe BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E.

onsrichterliche Anfragen sowohl ans BSV wie auch an sämtliche MEDAS. Die Anfrage ans BSV hatte u.a. die pauschale Entschädigung der MEDAS, die Sachverständigenauswahl, die Qualitätssicherung und die Unabhängigkeit der Abklärungsstellen zum Gegenstand und wurde vom BSV ausführlich beantwortet.⁶³ Von den MEDAS wurden verschiedene statistische Angaben (betreffend Zusammensetzung der Auftraggeber und attestierte Arbeitsunfähigkeiten) sowie Auskünfte über Massnahmen der Qualitätssicherung eingeholt.⁶⁴ In der Urteilsversion, die zusammen mit der Pressemitteilung des Bundesgerichts veröffentlicht wurde, findet sich eine äusserst aufschlussreiche Synopse der Stellungnahmen der MEDAS, die grosse Differenzen im Problemzugang erkennen lässt.⁶⁵

[Rz 32] Weiter enthält die Entscheidungsbegründung einen ausgreifenden Rechtsvergleich mit verschiedenen europäischen Staaten, der die Diversität der Zugänge und Lösungsvarianten der medizinischen Abklärung im Sozialversicherungsverfahren illustriert und Anregungen für künftige, allenfalls angepasste Lösungen liefert.

[Rz 33] Schliesslich wurde zu drei Rechtsfragen (*Praxisänderungen*) ein Verfahren gemäss Art. 23 Abs. 1 BGG durchgeführt. Alle nachfolgend genannten Rechtsfragen wurden von den beiden sozialrechtlichen Abteilungen einstimmig bejaht:⁶⁶

1. Soll die Rechtsprechung gemäss BGE 132 V 93 dahingehend geändert werden, dass die Anordnung einer Administrativbegutachtung mittels Zwischenverfügung ergeht, die beim kantonalen Sozialversicherungsgericht (bzw. Bundesverwaltungsgericht) integral anfechtbar ist?
2. Soll die Rechtsprechung gemäss BGE 133 V 446 dahingehend geändert werden, dass der versicherten Person vorgängig der Begutachtung über Art. 44 ATSG hinaus die Mitwirkungsrechte nach Art. 55 ATSG in Verbindung mit Art. 19 VwVG⁶⁷ und Art. 57 ff. BZP⁶⁸ zustehen?
3. Soll die Rechtsprechung, wonach das (kantonale) Gericht prinzipiell die freie Wahl hat, bei festgestellter Abklärungsbedürftigkeit die Sache an den Versicherungsträger zurückzuweisen oder aber selber zur Herstellung der Spruchreife zu schreiten (vgl. statt vieler ARV 1997 Nr. 18 S. 85, E. 5d mit Hinweisen, C 85/95; Urteil H 355/99 vom 11. April 2000, E. 3b), dahingehend geändert werden, dass das angerufene

Gericht grundsätzlich selber eine medizinische Begutachtung anordnet, statt die Sache an den Versicherer zurückzuweisen?

3. Appellatorische Elemente des Entscheids

a. Zweiteilung des Entscheids in appellatorische und direkt anspruchsbegründende Elemente

[Rz 34] Das Gericht unterzog das gesamte Verfahren der Begutachtung im Rahmen der Invalidenversicherung einer vertieften Beurteilung, da es das Verfahren *insgesamt* ist, das den Fairness-Standards von Art. 6 EMRK genügen muss. Dementsprechend werden auch zahlreiche Fragen erörtert, die im konkreten Fall nicht zu verfahrensrechtlichen Ansprüchen Einzelner verdichtet werden können, sondern die Struktur und Gestaltung des gesamten Begutachtungsverfahrens zum Gegenstand haben.

[Rz 35] Nach dem Befund des Gerichts bestehen gerade auch in jenen Bereichen, die durch den Ordnungsgeber oder aufsichtsrechtlich zu ordnen sind, Gefährdungen von Art. 6 EMRK. Wesentliche Teile des Urteils haben deshalb nur, aber immerhin, den Charakter eines Appellentscheids. Die zuständigen Behörden sind – zur Sicherstellung des von der EMRK geforderten Verfahrensstandards – gehalten, die entsprechenden Massnahmen innert angemessener Frist zu prüfen. Sollten sie dies nicht tun, könnte sich das Bundesgericht im Rahmen von Art. 190 BV, gestützt auf die einschlägigen verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantien, veranlasst sehen, im Einzelfall weitergehende verbindliche Korrekturen vorzunehmen.⁶⁹ In der Pflicht steht damit in erster Linie das BSV als Aufsichtsbehörde.⁷⁰

[Rz 36] Andere Punkte, insbesondere die nachfolgend beschriebenen Praxisänderungen, sind jedoch justiziabel und erfordern eine unmittelbare Anpassung des Verfahrens.⁷¹

b. Grundlagen der appellatorischen Kritik

[Rz 37] Die beiden sozialrechtlichen Abteilungen haben die Entwicklungen im Bereich der IV-Begutachtungen in den letzten Jahren beobachtet und ihre Anregungen zuhanden des Gesetz- und Ordnungsgebers deutlich zum Ausdruck gebracht,⁷² weshalb im konkreten Fall die Rügen, die im We-

C.a.b.

⁶³ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. C.b.

⁶⁴ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. C.d.

⁶⁵ Siehe www.bger.ch/9c_243_2010_urteil.pdf.

⁶⁶ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. C.f.

⁶⁷ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021).

⁶⁸ Bundesgesetz über den Zivilprozess (SR 273).

⁶⁹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 5.

⁷⁰ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.3.1; 3.4.2.5.

⁷¹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 5.

⁷² Siehe bereits den Geschäftsbericht 2009 des Bundesgerichts, S. 16: «Die Erste und die Zweite sozialrechtliche Abteilung stellen in ihrer täglichen Spruchpraxis fest, dass das medizinische Abklärungswesen der *Invalidenversicherung (IV)* in verschiedener Hinsicht gewisse Defizite institutionell-organisatorischer Art aufweist, die im Rahmen der Rechtsprechung nicht behoben werden können. Dies betrifft namentlich die Qualitätskontrolle, die fehlende Transparenz der Expertenauswahl und ihres Verhältnisses zur IV (seitens der Versicherten wird immer wieder der Verdacht einer zielorientierten Auswahl wirtschaftlich abhängiger Gutachter durch die IV-Stellen geäussert, ohne dass dies – mangels verfügbarer Daten

sentlichen auf das Rechtsgutachten Müller/Reich abgestützt waren, einer eingehenden Prüfung unterzogen wurden.⁷³ Insbesondere das im Gutachten angeführte Argument, dass im Ertragspotential der MEDAS und ihrem Wissen um die Zielvorgabe der Invalidenversicherung – Senkung des Rentenbestandes – eine potentielle Gefährdung der inneren Unabhängigkeit der externen Gutachter liege, wurde vertieft erörtert.⁷⁴

[Rz 38] Das Gericht stellte gestützt auf das Ergebnis der instruktionsrichterlichen Befragungen fest, dass das Risiko nicht auszuschliessen sei, dass Gutachtern Aufträge vorenthalten werden könnten, weil sie angeblich häufiger als andere Arbeitsunfähigkeiten attestieren. Zudem hätten die MEDAS, die in den letzten Jahren ihre Kapazitäten ausgebaut hätten, bezüglich der Aufträge kaum Planungssicherheit, was die wirtschaftliche Abhängigkeit von der IV verstärke.⁷⁵ Zudem bestehe aufgrund der für alle MEDAS und für alle polydisziplinären Gutachten vereinbarten identischen Auftragspauschale systemimmanent die Gefahr eines Fehlanreizes in qualitativer Hinsicht, zumal die MEDAS gewinnorientiert seien.⁷⁶ Weiter könnten der Spardruck in der Invalidenversicherung und die (vermeintliche) Erwartungshaltung der auftraggebenden IV-Stellen in gutachterlichen Zweifels- oder Ermessensbereichen das Gutachtensergebnis beeinflussen.⁷⁷ Schliesslich ist bislang die Qualität der Gutachten nicht hinreichend sichergestellt, weshalb auch das BSV eine Reihe von Massnahmen zur Qualitätsverbesserung eingeleitet hat.

[Rz 39] Diesen Gefährdungen der Verfahrensfairness müsse entgegengetreten werden, insbesondere werde das *Bedürfnis nach einer entsprechenden Sicherung durch geeignete Ausgestaltung des Verfahrens durch die grosse Streubreite der Möglichkeiten verstärkt, einen Fall zu beurteilen. Prozessrechtlich müsse dieser Unsicherheit des Ausgangs einer Begutachtung in ähnlicher Weise Rechnung getragen werden, wie eine ausgeprägte Unbestimmtheit von Normen durch verfahrensrechtliche Garantien kompensiert werden soll.*⁷⁸

c. Präferenzen für ein künftiges System

[Rz 40] Soweit Administrativverfahren auch im Beschwerdeverfahren verwendet werden, soll eine Annäherung des

Unabhängigkeitserfordernisses der Gutachter an jenes der Richter erfolgen; dies wäre insbesondere dadurch zu erreichen, dass eine auf dem *Zufallsprinzip* und somit auf einer abstrakt formulierten Regelung beruhende vorbestimmte Zuweisung der Aufträge an die Gutachtensstellen erfolgt.⁷⁹ Entsprechende Modelle seien in jüngerer Zeit von der Literatur vorgestellt worden⁸⁰ und praktische Erwägungen (z.B. Kapazitätsengpässe und Wartezeiten) stünden einem solchen System auch nicht entgegen, da die Gutachten gleichmässig nach vorhandenen Kapazitäten verteilt werden könnten.

[Rz 41] Aus rechtsvergleichender Sicht weist das Gericht auch darauf hin, dass *Elemente einer paritätischen Begutachtung* nach italienischem oder französischem Modell zur Verbesserung der Gutachtensakzeptanz führen könnten.⁸¹ An der Rechtsprechung, dass eine versicherte Person keinen Anspruch darauf hat, sich von einer Person ihres Vertrauens zur Begutachtung begleiten zu lassen (BGE 132 V 443), wird zwar ausdrücklich festgehalten, doch spreche diese Praxis nicht dagegen, dem Gutachter die Vorgabe zu machen, seine Ergebnisse mit einem von der versicherten Person bezeichneten Mediziner zu diskutieren.⁸²

[Rz 42] Da aufgrund von Art. 43 Abs. 1 ATSG sämtliche notwendigen Abklärungen, die dem Einzelfall angemessen seien, von Amtes wegen vorgenommen werden müssten, habe sich dieser unterschiedliche Aufwand auch in einem *Minimum an Differenzierung der Entschädigung* im Einzelfall niederzuschlagen, d.h. der Gefahr, dass nicht alle oder nicht genügende Abklärungen vorgenommen würden, müsse durch ein Entschädigungssystem begegnet werden, das die Berücksichtigung ausserordentlicher Aufwendungen zulasse.⁸³

[Rz 43] Unter dem Aspekt der *Qualitätssicherung* wäre es nach Ansicht des Bundesgerichts u.a. auch sinnvoll, den Gutachtern künftig die Verfügungen und Entscheide zuzustellen, in denen ihre Gutachten gewürdigt wurden; ein Anliegen, das der Verordnungsgeber bereits per 1. April 2011 umgesetzt hat.⁸⁴ Zudem könnten die Beweiskriterien bei Gutachten mithilfe fachmedizinischer Leitlinien konkretisiert und neuen Erkenntnissen angepasst werden. Letzteres wäre beispielsweise dadurch zu fördern, dass eine zentrale Stelle

– allgemein entkräftet werden könnte) und die nicht vorhandenen Grundlagendaten diagnostischer Art, soweit sie zur Zusprechung oder Ablehnung von IV-Rentenleistungen führen.»

⁷³ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2. Deutlich zum eigenen Handeln aufgefordert hat in einem viel beachteten Referat auch A. BÜHLER, Der rechtliche Rahmen der medizinischen Begutachtung in der Schweiz, in: MURER (Fn. 4), S. 21 f.

⁷⁴ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.4.

⁷⁵ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.4.1.

⁷⁶ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.4.2 f.

⁷⁷ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.4.4.

⁷⁸ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.5.

⁷⁹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.1.1.

⁸⁰ Das Gericht verweist hier in erster Linie auf den Vorschlag Jeger/Murer. Siehe J. JEGER/E. MURER, Medizinische Begutachtung: Vorschläge zur Lösung des Unabhängigkeitsproblems und zur Qualitätssteigerung, in: Murer (Fn. 4), S. 247 ff.

⁸¹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.1.3.3.

⁸² BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.1.3.3.

⁸³ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.2.

⁸⁴ Art. 76 Abs. 1 lit. g IVV. Bis Ende März 2011 musste die Verfügung von der Gutachterin oder dem Gutachter ausdrücklich verlangt werden und war die Zustimmung der versicherten Person erforderlich (aArt. 76 Abs. 1 lit. g IVV).

diese Leitlinien sammelt, ev. veranlasst, koordiniert, aufbereitet und für die Begutachtung als verbindlich erklärt.⁸⁵

4. Praxisänderungen

a. Anordnung der Begutachtung als Zwischenverfügung (Änderung der Praxis von BGE 132 V 93)

[Rz 44] Die beiden sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts haben sich einstimmig dafür ausgesprochen, die Rechtsprechung gemäss BGE 132 V 93 dahingehend zu ändern, dass die Anordnung einer Administrativbegutachtung mittels Zwischenverfügung ergeht, die beim kantonalen Sozialversicherungsgericht (bzw. Bundesverwaltungsgericht) integral anfechtbar ist. Nach bisheriger Rechtsprechung galt die Anordnung eines Gutachtens als Realakt. Eine Verfügung war nur dann zu erlassen, wenn ein formeller (d.h. ein gesetzlicher) Ausstandsgrund der Gutachterin oder des Gutachters geltend gemacht wurde.

[Rz 45] Mit dieser Praxisänderung sind, bei näherer Betrachtung, drei Anpassungen verbunden:

- die Anordnung eines Gutachtens gilt neu als Verfügung⁸⁶
- die Unterscheidung zwischen Einwendungen formeller und materieller Natur entfällt⁸⁷
- das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils wird bejaht⁸⁸.

[Rz 46] Begründet wird die Praxisänderung damit, dass die bisherige Rechtsprechung «hinter den allgemeinen Standard im Verwaltungsverfahren»⁸⁹ zurückgefallen sei. Sie habe im Verwaltungsverfahren dem Ziel einer raschen und korrekten Abklärung den Vorrang vor den Mitwirkungsrechten der Versicherungen eingeräumt, namentlich weil das Abklärungsverfahren nicht unnötig formalisiert, verkompliziert und verlängert werden sollte.⁹⁰ Die restriktive Ausstandsregelung sollte zudem vermeiden, dass das Verwaltungsverfahren um ein kontradiktorisches Element erweitert und das medizinische Abklärungsverfahren judikalisiert werde.⁹¹

[Rz 47] Von dieser Grundhaltung weicht das Gericht nun klar ab. Es weist denn auch gerade darauf hin, dass «in der Erhebung und Würdigung von (medizinischen) Tatsachen dialektische [= kontradiktorische] Elemente nicht vernachlässigt werden [dürfen], weil sie die Richtigkeit des Ergebnisses begünstigen können.»⁹² Vor allem aber argumentiert es, dass häufig das Administrativgutachten zugleich die massgebliche medizinische Entscheidungsgrundlage im Beschwerdeverfahren sei. In diesen Fällen könnten die Verfahrensgarantien zugunsten einer privaten Partei im gesamten Verfahren aber nicht zum Tragen kommen, wenn an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten würde. Die Mitwirkungsrechte müssen vielmehr bereits zu einem Zeitpunkt durchsetzbar sein, bevor präjudizielle Wirkungen eintreten.⁹³ Angesichts der Entwicklung der letzten Jahre sei die Chance für eine durchgehende Gewährleistung der Ordnungsmässigkeit und Regelmässigkeit der MEDAS-Begutachtung gesunken, was mit einem entsprechend *gesteigerten streitlagenspezifischen Rechtsschutzinteresse* einhergehe.⁹⁴ Dieses streitlagenspezifische Rechtsschutzinteresse begründe den Anspruch auf eine verfügungsweise und damit anfechtbare Gutachtereinschätzung.⁹⁵ Beschwerdeweise könnten sodann auch materielle Einwendungen, beispielsweise des Inhalts, die in Aussicht genommene Begutachtung sei nicht notwendig, geltend gemacht werden. Selbstverständlich können auch weiterhin personenbezogene Ausstandsgründe gegen Gutachter vorgebracht werden.⁹⁶

[Rz 48] Sehr deutlich weist das Gericht jedoch darauf hin, dass grundsätzlich eine *einvernehmliche Gutachtenseinholung* in den Vordergrund zu stellen sei, zumal dies zu einer weit besseren Akzeptanz des Gutachtensergebnisses führen würde. Lediglich bei fehlendem Konsens ist demnach die Begutachtung verfügungsweise anzuordnen.⁹⁷

b. Erweiterung der Mitwirkungsrechte für die Versicherten im Rahmen von Art. 44 ATSG (Änderung der Praxis von BGE 133 V 446)

[Rz 49] Ebenfalls zugestimmt haben die beiden sozialrechtlichen Abteilungen der Änderung der Rechtsprechung gemäss BGE 133 V 446. Nach dieser Rechtsprechung regelte Art. 44

⁸⁵ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.3.4.

⁸⁶ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.6; anders BGE 132 V 93 E. 5, vgl. dazu BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.1.1. Das Bundesgericht fügte hier eine Unterscheidung ein, so in BGE 132 V 94 E. 6: «Zu unterscheiden ist zwischen der Anordnung einer Expertise [Realakt] und dem Entscheid über die in der Folge geltend gemachten Ausstands- und Ablehnungsgründe gegenüber der Person des Gutachters. Ob diesem Verfügungscharakter zukommt, ist nachstehend zu prüfen.» Auch diese Unterscheidung ist nun hinfällig.

⁸⁷ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.7; anders BGE 132 V 94 E. 6, vgl. dazu BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.1.2

⁸⁸ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.7.

⁸⁹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.

⁹⁰ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.1.1.

⁹¹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.1.2.

⁹² BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.4.

⁹³ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.4.

⁹⁴ Weil Gesetzgeber und Aufsichtsbehörde es unterlassen haben, die Unabhängigkeit der MEDAS (und damit programmatische Anliegen der Verfahrensfairness) umzusetzen, verstärkt das Bundesgericht über die Konstruktion des «streitgegenstandsspezifischen Rechtsschutzinteresses» die Mitwirkungsrechte der versicherten Person und damit die individualrechtliche Dimension der Verfahrensfairness. Ein solches auf die gesetzliche Ausgestaltung bezogenes Verständnis von Verfahrensgrundrechten ist innovativ und erscheint vielversprechend. Ob diese Argumentation weiter entwickelt oder in der Lehre aufgegriffen wird, bleibt vorerst abzuwarten.

⁹⁵ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.5.

⁹⁶ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.7.

⁹⁷ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.6.

ATSG die Mitwirkungsrechte bei der Anordnung eines medizinischen Gutachtens im sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahren insofern abschliessend, als dieser der versicherten Person keinen Anspruch einräumt, sich vorgängig zu den Gutachterfragen der Verwaltung zu äussern.⁹⁸

[Rz 50] Der versicherten Person sollen künftig vor der Begutachtung über Art. 44 ATSG hinaus die Mitwirkungsrechte nach Art. 55 ATSG in Verbindung mit Art. 19 VwVG und Art. 57 ff. BZP zustehen, d.h. sie erhält vor allem Gelegenheit, sich zu den Fragen an die Sachverständigen zu äussern und Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen (vgl. Art. 57 Abs. 2 BZP). Die IV-Stellen werden ihr künftig – zusammen mit der Verfügungsmässigen Anordnung der Begutachtung – den Katalog der Expertenfragen zur Stellungnahme unterbreiten.⁹⁹ Dies bedeutet wohl nach wie vor nicht, dass sich die IV-Stelle zwingend mit der versicherten Person über die Gutachterfragen einigen muss.¹⁰⁰ Eine Stellungnahme dazu, wer bei Uneinigkeit über die Gutachterfragen die definitive Fragestellung formuliert, lässt sich dem Entscheid nicht direkt entnehmen. Die Mitwirkungsrechte der Versicherten werden allerdings nur dann wirkungsvoll gestärkt, wenn die IV-Stelle ihre Fragestellung im Hinblick auf die Stellungnahme der versicherten Person ergänzt oder – im Minimum – der Gutachterstelle die Stellungnahme der versicherten Person samt Zusatzfragen zukommen lässt. Letzteres ist allerdings – im Hinblick auf die Qualität und Konsistenz der Gutachterfragen – nicht unbedingt zu wünschen.¹⁰¹ Vielmehr können die Stellungnahmen und Ergänzungen der Versicherten zu einer einzelfalladäquaten Fragestellung beitragen, was wiederum der Qualität des Gutachtens¹⁰² und seiner Akzeptanz zuträglich wäre.

[Rz 51] Die Neuinterpretation von Art. 44 ATSG,¹⁰³ die den Auslegungsrahmen mit Blick auf die prozessuale Chancengleichheit ausschöpft,¹⁰⁴ verstärkt im Verbund mit den beiden anderen den Dialog zwischen IV-Stelle und versicherter Person: Nicht nur die Gutachterbestellung soll nach Möglichkeit einvernehmlich erfolgen, auch der Fragenkatalog soll nicht ohne Mitwirkung der versicherten Person erarbeitet werden können.

c. Anordnung der Begutachtung durch das angerufene Gericht

[Rz 52] Die beiden bereits beschriebenen Praxisänderungen betreffen verfahrensrechtliche Modalitäten der medizinischen Begutachtung im Administrativverfahren. Die dritte befasst sich mit der Frage der gerichtlich angeordneten Gutachten,¹⁰⁵ wirkt im Ergebnis aber ebenfalls sehr stark auf das Administrativverfahren zurück.

[Rz 53] Nach der bisherigen Rechtsprechung hatte das (kantonale) Gericht prinzipiell die freie Wahl, bei festgestellter Abklärungsbedürftigkeit die Sache an den Versicherungsträger zurückzuweisen oder aber selber zur Herstellung der Spruchreife zu schreiten. Neu muss das angerufene Gericht grundsätzlich selber eine medizinische Begutachtung anordnen, wenn rechtserhebliche medizinische Fragen im Administrativverfahren nicht hinreichend geklärt worden sind.

[Rz 54] Das Bundesgericht hat zwar eingeräumt, dass die IV-Verwaltung aufgrund ihrer instrumentellen Ausstattung besser als die Justiz geeignet sei, Entscheidungsgrundlagen zu vervollständigen,¹⁰⁶ doch muss die Praxisänderung im Kontext des gesamten Entscheids gesehen werden: «Die Einschränkung der Befugnis der Sozialversicherungsgerichte, eine Streitsache zur neuen Begutachtung an die Verwaltung zurückzuweisen, verhält sich komplementär zu den (gemäss geänderter Rechtsprechung) bestehenden partizipativen Rechten der versicherten Person im Zusammenhang mit der Anordnung eines Administrativgutachtens ... Letztere tragen zur prospektiven Chancengleichheit bei, derweil das Gebot, im Falle einer Beanstandung des Administrativgutachtens eine Gerichtsexpertise einzuholen, die Waffengleichheit im Prozess gewährleistet, wo dies nach der konkreten Beweislage angezeigt ist.»¹⁰⁷

[Rz 55] Es besteht mit anderen Worten *Anspruch auf ein Gerichtsgutachten*, wenn die Abklärungsergebnisse aus dem Verwaltungsverfahren in rechtserheblichen Punkten nicht ausreichend beweiswertig sind.¹⁰⁸ Einzuholen ist das Gerichtsgutachten in der Regel bei einer der achtzehn MEDAS. Sofern es dem Gericht in einem Einzelfall nicht notwendig erscheint, eine bestimmte Abklärungsstelle (d.h. auch eine andere Abklärungsstelle als eine MEDAS oder eine bestimmte MEDAS) mit der Begutachtung zu beauftragen, soll es die Stelle unter Berücksichtigung der aktuell vorhandenen Kapazitäten bezeichnen können.¹⁰⁹ Die *Kosten des Gerichtsgutachtens trägt sodann jedoch die IV-Stelle*, was das Bundesgericht unter Hinweis auf Art. 78 Abs. 4 IVV mit Art. 45 Abs. 1 ATSG für vereinbar hält.¹¹⁰

⁹⁸ BGE 133 V 446 E. 7.

⁹⁹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.2.4.9.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.1.5.

¹⁰¹ Falls aufgrund einer inkonsistenten Fragestellung das Gutachten nicht hinreichend beweiswertig ist, muss das Gericht später – zulasten der IV-Stelle – ein Gerichtsgutachten einholen; siehe nachfolgend Fn. 105 ff.

¹⁰² BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.9.

¹⁰³ Bzw. die Neuinterpretation der Bedeutung des Verweises in Art. 55 Abs. 1 ATSG, der auf dem Weg über den Verweis in Art. 19 VwVG zu Art. 57 ff. BZP führt.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 3.4.2.2.

¹⁰⁵ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.

¹⁰⁶ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.4.1.2.

¹⁰⁷ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.4.1.3.

¹⁰⁸ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.4.1.5.

¹⁰⁹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.4.1.5.

¹¹⁰ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.4.2.

[Rz 56] Eine Rückweisung an die Verwaltung bleibt immerhin möglich, wenn sie «allein in der notwendigen Erhebung einer bisher vollständig ungeklärten Frage begründet ist».¹¹¹ Ebenfalls möglich soll eine Rückweisung sein, wenn lediglich eine Klarstellung, Präzisierung oder Ergänzung von gutachtlichen Ausführungen erforderlich ist.¹¹² Offen bleibt dabei, in welchem Verhältnis Klarstellungs-, Präzisierungs- und Ergänzungsbedürftigkeit von Gutachten zu ihrer fehlenden Beweiswertigkeit stehen. Die bundesgerichtliche Formulierung, die eine Rückweisung nur bei «vollständig ungeklärten Fragen» zulässt, deutet allerdings darauf hin, dass es sich um geringfügige Details handeln muss, die eine Rückweisung rechtfertigen können. Eine grosszügigere Auslegung würde den verfahrensrechtlichen Ausgleich, den der bedingte Anspruch auf ein Gerichtsgutachten schafft, unterlaufen.

[Rz 57] Zur Bedeutung dieser Praxisänderung ist zunächst anzuführen, dass die gerichtliche Einholung eines Gerichtsgutachtens der Verfahrensstraffung dient.¹¹³ Vor allem aber wird mit dieser Rechtsprechung gewährleistet, dass der Sachverhalt gerichtlich abgeklärt wird, wenn die Grundlagen aus dem Administrativverfahren nicht ausreichen. Dies versetzt die versicherte Person in eine bessere Position als eine Rückweisung: Sie kann im Rahmen der gerichtlichen Gutachtensanordnung ihre Parteirechte unmittelbar wahren und muss sich nicht einer erneuten Begutachtung im Auftrag einer IV-Stelle unterziehen, die im Administrativverfahren keine tragfähigen Entscheidungsgrundlagen zusammentragen konnte. Damit wirkt diese Praxisänderung, die nach dem erklärten Willen des Bundesgerichts nicht zu einer grundsätzlichen Verlagerung der Sachverhaltsfeststellung auf das Gerichtsverfahren führen soll, sehr stark ins Administrativverfahren zurück: *Die IV-Stellen werden die Verfahrensrechte der versicherten Person umsichtig wahren und das medizinische Gutachten genau prüfen müssen, um nicht ein gerichtlich angeordnetes Obergutachten zu ihren finanziellen Lasten zu riskieren.* Im Zusammenspiel mit einer unabhängiger ausgestalteten Gutachtensvergabe, die das Gericht appellatorisch fordert, wird durch den (bedingten) Anspruch auf ein Gerichtsgutachten auf die Qualität und im Ergebnis auch auf die Akzeptanz des Administrativverfahrens eingewirkt.

C. Gesamtbild

[Rz 58] Das Bundesgericht geht mit seiner jüngsten Rechtsprechung die bestehenden oder zumindest drohenden Probleme im Zusammenhang mit der medizinischen Begutachtung im IV-Verfahren grundlegend an und setzt neue Akzente. Es geht von der gesetzlich vorgegebenen Ordnung aus, dass die medizinische Begutachtung grundsätzlich im invalidenversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren

vorgenommen und sodann in einem allfälligen Rechtsstreit verwertet werden kann. Es *weitet jedoch die Verfahrensrechte im Begutachtungsverfahren stark aus, um die Waffengleichheit zwischen Versicherung und Verwaltung im Rahmen der EMRK-Vorgaben insgesamt zu gewährleisten.* Es bekräftigt, dass das aus der Bundesverfassung und aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK fließende Gebot des fairen Verfahrens im Verlauf des funktionellen Instanzenzuges insgesamt eingehalten werden muss. In diesem Sinn entfaltet Art. 6 Ziff. 1 EMRK *Vorwirkungen auf das der gerichtlichen Instanz vorgelegte Verwaltungsverfahren.*¹¹⁴

[Rz 59] Den Verfahrensrechten räumt das Gericht vor allem auch deshalb einen hohen Stellenwert ein, weil die medizinische Begutachtung eine gewisse «Streubreite» von vertretbaren Resultaten hervorbringen kann. Dies erfordert eine Kompensation mit verfahrensmässigen Rechten (Gutachtereinsetzung als anfechtbare Zwischenverfügung, Fragemöglichkeit im Vorfeld der Begutachtung, bedingter Anspruch auf gerichtliche Gutachtereinsetzung bei ungenügender Sachverhaltsabklärung durch die IV). Die Einräumung dieser Rechte wiederum – und darauf dürfte ihr Ausbau im Optimalfall hinauslaufen – fördert einerseits die Konsensbereitschaft der Invalidenversicherung bei einvernehmlichen Einsetzungen von Gutachtern, zwingt diese aber auch zur Einhaltung eines hohen Qualitätsstandards, weil andernfalls ein Gerichtsgutachten zulasten der Invalidenversicherung angeordnet werden kann.

[Rz 60] Gleichzeitig hält das Bundesgericht das BSV an, die medizinische Begutachtung in der IV besser zu organisieren und die Gefahren unfairer Verfahren durch entsprechende Massnahmen zu bannen. Sollte dies optimal umgesetzt werden, würde ein Teil der neu anerkannten und ausgebauten Verfahrensrechte seine praktische Bedeutung verlieren, weil im Begutachtungssystem selbst Unabhängigkeitsgarantien eingebaut wären; je unabhängiger die Begutachtung ist, desto weniger müssen den Versicherten Instrumente zur Herstellung der Waffengleichheit in die Hand gegeben werden. Es fragt sich gar, ob der Anspruch auf eine anfechtbare Zwischenverfügung bei der Gutachtereinsetzung bei einem optimal gestalteten Gutachtersystem fortbestehen würde; diese zentrale Änderung der bisherigen Praxis basiert auf der Konstruktion eines «streitlagenspezifischen Rechtsschutzinteresses», das bei veränderter «Streitlage» auch wieder verschwinden oder viel zurückhaltender anerkannt werden könnte.

[Rz 61] Von der gefestigten Praxis, dass die Verwaltung grundsätzlich als neutral und objektiv gilt, weicht das Bundesgericht jedoch nicht ab. Da die gesamte Rechtsprechung zum Beweiswert der verschiedenen Gutachten von dieser Annahme abhängt, hat sich das Gericht bereits in BGE 136 V 376 dahingehend festgelegt, dass an dieser Rechtsprechung

¹¹¹ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.4.1.4.

¹¹² BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.4.1.4.

¹¹³ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.4.1.2.

¹¹⁴ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.1.2.4.

festzuhalten sei. Die ausgebauten Verfahrensrechte dienen als Kompensation zur Herstellung der Waffengleichheit.

IV. Exkurs: Bemerkungen zur Konstruktion der «Unabhängigkeit der Verwaltung»

[Rz 62] Selbst wenn die soeben beschriebene Praxis ausdrücklich zu begrüßen ist, soll ein anderer Denkansatz zumindest angedeutet werden: Nach wie vor bildet die Annahme, dass die Verwaltung in der Anwendung des Rechts unabhängig und neutral sei, eine der zentralen Konstanten der gesamten Praxis. Selbst wenn nun die Parteirechte gegenüber der Verwaltung im Zusammenhang mit medizinischen Gutachten in massgeblicher Weise gestärkt worden sind, sei die Frage erlaubt, ob diese juristische Konstruktion von Neutralität und Unabhängigkeit der heutigen Sichtweise zu genügen vermag und ins Rechtsganze passt.

A. Verwaltung und Justiz

[Rz 63] Die Verwaltung ist in institutioneller Hinsicht nicht unabhängig. Während im Rechtsstaat Gerichte «unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen»¹¹⁵ sind, fehlt eine entsprechende Garantie für die Verwaltungsbehörden. Und dies nicht etwa deshalb, weil sie nicht an Recht und Gesetz gebunden sind,¹¹⁶ sondern weil ihnen keine den Gerichten vergleichbare Unabhängigkeit zukommt. Das ist kein Mangel, sondern Ausdruck unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Aufgaben.¹¹⁷ Rechtsprechung ist nicht Verwaltung;¹¹⁸ Jene ist unabhängig, diese handelt in eigener Sache.¹¹⁹ Man hat daher die Verwaltung bereits von Verfassungs wegen nicht am Massstab der richterlichen Unabhängigkeit zu messen. Macht man es trotzdem, erscheinen die Verwaltungsbehörden als «Richter in eigener Sache»¹²⁰.

¹¹⁵ So prägnant die Formulierung in Art. 97 GG (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949); das gilt auch in der Schweiz: Art. 191c BV: «Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.»

¹¹⁶ Die Rechtsbindung ergibt sich bereits aus Art. 5 Abs. 1 BV.

¹¹⁷ Im Bund: Art. 178 BV (Bundesverwaltung); Art. 188 ff. (Bundesgericht und andere richterliche Behörden).

¹¹⁸ Zur (mitunter schwierigen) Unterscheidung von Rechtsprechung und Verwaltung vgl. z.B. G. BIAGGINI, BV-Kommentar, Zürich 2007, Vorbem. Art. 188–191c N 2; F. GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 78, mit der Feststellung, die öffentliche Verwaltung müsse nicht «um der Rechtsstaatlichkeit willen als eigentliche Rechtsfunktion» begriffen werden.

¹¹⁹ So K. A. BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: O. BACHOF et al. (Hrsg.), FS W. Jellinek, München 1955, S. 361 ff., S. 372; E. FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., München 1973, S. 6; E. SCHMIDT-ASSMANN, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2007, § 109 N 5.

¹²⁰ So bereits OTTO BÄHR, Der Rechtsstaat, Kassel/Göttingen 1864, S. 69; statt vieler BIAGGINI (Fn. 118), Vorbem. Art. 188–191c N 2; ferner M. FEHLING, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Tübingen 2001, S. 117; I. HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und

[Rz 64] Angesichts dieser unterschiedlichen Aufgaben sprechen gute Gründe dafür, Verwaltungspflege und Rechtspflege, Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren, deutlich voneinander zu unterscheiden. Ihre Zwecksetzung ist verschieden.¹²¹ Verwaltungsverfahren sollen nach ALBERT VON MUTIUS¹²² «durch einen weitgehend geregelten, rational nachprüfbaren und grundsätzlich offenen Informationsverarbeitungsprozess in der Verwaltungsorganisation bei möglichst geringem Kosten-, Zeit-, Personal- und Organisationsaufwand ein Maximum an Richtigkeit der zu treffenden Innovations- und Vollzugsentscheidungen gewährleisten». Das zeigt an, dass die Verwaltung *aus eigener Sicht* nicht nur einen Handlungsmassstab, die Rechtmässigkeit, sondern zahlreiche Handlungsmassstäbe kennt, wie z.B. Ordnungsmässigkeit, Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit oder Zweckmässigkeit.¹²³ Das bringt *aus rechtlicher Sicht* das Risiko einer «Mediatisierung von Gesetz und Verfügung»¹²⁴ mit sich, weshalb es geeigneter Kontrollmechanismen¹²⁵ (Verwaltungsaufsicht, Individualrechtsschutz etc.) bedarf, um die Verwaltungsrationalität in die Schranken des Rechts zu weisen.¹²⁶

B. Verwaltung als schematischer Gesetzesvollzug?

[Rz 65] Auch in Bereichen, in denen das Verwaltungshandeln weitgehend gesetzlich durchnormiert ist (sog. Vollzugsverwaltung¹²⁷), versagt die Lehre von der Verwaltung als schematischem Gesetzesvollzug. Dafür gibt es zahlreiche Gründe, nur die folgenden seien erwähnt:

- Erkenntnisse der modernen juristischen Methodenlehre schliessen es aus, Rechtsanwendung

Verwaltungsprozess, Zürich 2000, N 388 («Ambivalenz der Rolle der Verwaltung»); A. KÖLZ, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, 2. Aufl., Zürich 1974, S. 115 ff. («Parteistellung»); F. GYGI, Beiträge zur Lehre vom Verwaltungsakt, ZSR 78 (1959) II, S. 379 ff., S. 393.

¹²¹ C. HERMANN ULE/H.-W. LAUBINGER, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., Köln u.a. 1995, § 3 N 10.

¹²² Gerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren, in: H.-U. Erichsen et al. (Hrsg.), FS Christian-Friedrich Menger, Köln 1985, S. 575 ff., S. 588; daran anschliessend A. VOSSKUHL, Das Kompensationsprinzip, Tübingen 1999, S. 44 f.

¹²³ E. SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, 2/22 ff., 2/75 ff., 6/57 ff.; die aufgezählten Kriterien stammen von Art. 26 Abs. 3 ParlG (Bundesgesetz über die Bundesversammlung; SR 171.10; parlamentarische Oberaufsicht).

¹²⁴ KÖLZ (Fn. 120), S. 116.

¹²⁵ Zu den «Kontrollen der Verwaltung» vgl. z.B. SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 123), 4/57 ff.; P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, Vol. II, 3. Aufl., Bern 2011, S. 595 ff.

¹²⁶ MOOR/POLTIER (Fn. 125), S. 598, weisen darauf hin, dass unter Umständen auch das Recht in die Schranken gewiesen werden muss. Nur muss dies, möchte man aus rechtlicher Sicht betonen, auch wieder in den rechtlich vorgesehenen Bahnen, also im Rahmen der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung, geschehen (z.B. durch eine Gesetzes- oder Verordnungsänderung).

¹²⁷ SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 123), 4/41.

als schematischen Gesetzesvollzug aufzufassen. Das Gesetz stellt «auch in den streng gebundenen Bereichen der Verwaltung keinen absoluten Massstab für die Entscheidung» dar.¹²⁸ ERNST HÖHN hat bereits 1981 darauf hingewiesen, dass das tradierte Verständnis des Legalitätsprinzips mit den Erkenntnissen der modernen Auslegungslehre in Einklang gebracht werden müsse, und zwar besonders im Verwaltungsrecht, also mit Bezug auf die Verwaltungsbehörden.¹²⁹

- Es ist fraglich, ob der *schematische* Gesetzesvollzug aus rechtlicher Sicht überhaupt noch ein taugliches Leitbild ist. Die herrschende, an «Individualgerechtigkeit» orientierte Rechtsdogmatik steht jedenfalls Schematisierungen, Typisierungen und anderen Vereinfachungstechniken kritisch gegenüber. Die Regel wird dem Einzelfall nie gerecht.¹³⁰ Eine entsprechend angelegte Durchnormierung des Verwaltungshandelns erhöht die Anzahl der Normen, ohne damit Beurteilungsspielräume ausschalten zu wollen. Was rechtens ist, lässt sich erst im Einzelfall bestimmen.¹³¹ Dies bringt entsprechend hohe Vollzugskosten mit sich. Regelmässig wird dann die Verwaltungspraxis «Differenzierungssperren»¹³² einziehen, die rechtlich nicht vorgesehen, aber aus Vollzugsbedürfnissen zuzugestehen sind.
- Auch räumt der verfahrensrechtliche Grundsatz der behördlichen Verfahrensleitung bzw. des Amtsbetriebes (vgl. z.B. Art. 43 ATSG) den Verwaltungsbehörden stets Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten ein.¹³³ Die Behörden sind für

die ordnungsgemässe Abklärung von Sach- und Rechtslage im Einzelfall zuständig. Damit geht «selbst in der gebundenen Verwaltung ein erstaunlich grosses Mass an administrativer Eigensteuerung»¹³⁴ einher, über die wiederum Vollzugsbedürfnisse einfließen können.

C. Eigenständigkeit der Verwaltung

[Rz 66] Aus dem Gesagten darf nicht gefolgert werden, dass sich die Verantwortung für die Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns an die Gerichte delegieren liesse. Die *Tatsache*, dass Verwaltung weit mehr ist als blosser Gesetzesvollzug,¹³⁵ stellt die *Norm* der umfassenden Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 5 Abs. 1 BV) nicht in Frage. Vielmehr weist sie auf die Eigenständigkeit und Eigenverantwortung der Verwaltung hin: auf den «der Verwaltung aufgetragene[n] Rechtskonkretisierungsauftrag, von dessen Verwirklichung im modernen Staat Entscheidendes abhängt (auch bei bestausgestalteter Verwaltungsgerichtsbarkeit)».¹³⁶

[Rz 67] Aus juristischer Perspektive ist Verwaltungshandeln Rechtsverwirklichung, ist Verwaltung Rechtsfunktion.¹³⁷ Aus rechtlicher Warte kennt die Verwaltung keine Freiheit, sondern nur Kompetenzen.¹³⁸ Gerade im Bewusstsein um die *Einseitigkeit* dieses Standpunktes wäre die Rechtstheorie dazu aufgerufen, Ansätze für eine alltagstaugliche Verwaltungsrechtsdogmatik zu entwickeln, welche der Verwaltung angemessen ist – eine schwierige und, zumindest in der Schweiz, noch ungelöste Aufgabe.¹³⁹ Im Rechtspre-

leiten zu lassen, wozu die Verpflichtung zur Objektivität und Unvoreingenommenheit [...] ebenso gehört, wie der Grundsatz der rationellen Verwaltung [...].»

¹²⁸ So E. HÖHN, Legalitätsprinzip und modernes Auslegungsverständnis, in: U. Häfelin et al., Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 157 ff., S. 164.

¹²⁹ HÖHN (Fn. 115), S. 157 ff., insb. S. 161.

¹³⁰ Dazu SEILER (Fn. 14), S. 95 ff., kritisch zur Einzelfallorientierung.

¹³¹ Das führt konsequenterweise dazu, dass die Gerichte auch in Bereichen der Vollzugsverwaltung auf eine Angemessenheitskontrolle (Ermessenskognition) zu verpflichten sind, wo man doch meinen möchte, dass in der «durchnormierten» Vollzugsverwaltung eine Rechtskontrolle reichen sollte, vgl. zum Sozialversicherungsrecht jüngst Urteil 9C_280/2010 des Bundesgerichts vom 12. April 2011, E. 5.2 (zur Publikation vorgesehen): «Cela s'impose d'autant plus que le domaine des assurances sociales comprend de nombreuses situations - et le point litigieux ici en cause de l'étendue de l'abattement sur le revenu d'invalidité en matière d'assurance-invalidité en est un exemple flagrant - dans lesquelles l'administration dispose d'une marge d'appréciation importante, dont l'application doit pouvoir être contrôlée par l'autorité de recours de première instance.»

¹³² Begriff von J. ISENSEE, Die typisierende Verwaltung, Berlin 1976, S. 63.

¹³³ BGE 136 V 376, E. 4.2.2; Urteil 9C_280/2010 des Bundesgerichts vom 12. März 2010, E. 4.1: «Im Rahmen der Verfahrensleitung hat er einen grossen Ermessensspielraum hinsichtlich Notwendigkeit, Umfang und Zweckmässigkeit von medizinischen Erhebungen. Was zu beweisen ist, ergibt sich aus der Sach- und Rechtslage. [...] In diesem Sinne liegt die medizinische Begutachtung nicht im uneingeschränkten Ermessen der rechtsanwendenden Stellen. Diese haben sich von rechtsstaatlichen Grundsätzen

¹³⁴ Vgl. SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 123), 4/41.

¹³⁵ Pointiert H. SEILER, Die (Nicht-)Öffentlichkeit der Verwaltung, ZSR 1992 I, S. 415 ff., S. 420: «Die Vorstellung, die Verwaltung sei nichts anderes als Gesetzesvollzug, gehört in die Mottenkiste.»; GYGI (Fn. 118), S. 78; K. EICHENBERGER, Hochleistungsverwaltung des entfaltenen Sozialstaates, zit. nach G. Müller et al. (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Basel 2002, S. 351 ff., S. 357.

¹³⁶ R. BÄUMLIN, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 36.

¹³⁷ BÄUMLIN (Fn. 136), S. 35 f.; Z. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 48, 55: «Selbstverständlich besteht die materielle Verwaltung [...] nicht nur aus Rechtsanwendung, sondern ist zugleich technischer, wirtschaftlicher, medizinischer Art usw. und damit vielfach eine schöpferische Funktion, die von ihren Trägern Initiative verlangt. Es sind für sie noch viele andere Momente als das Recht massgebend. Unter rechtlichem Aspekt stellt jedoch im Rechtsstaate jede Verwaltungstätigkeit Rechtsanwendung dar [...]» GIACOMETTI sah also die Verwaltungstätigkeit nicht als «blosse Rechtsanwendung» – ein verbreitetes Missverständnis, so etwa bei B. SCHINDLER, Verwaltungs-ermessen, Zürich usw. 2010, N 160, m.w.H.; SEILER, (Fn. 135), S. 418.

¹³⁸ MOOR/POLTIER (Fn. 125), S. 4 ff., insb. S. 8.

¹³⁹ Hinweise auf die in Deutschland intensive Diskussion finden sich bei SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 123), passim, mit zahlreichen Hinweisen; ferner auch in W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ASSMANN/A. VOSSKUHL (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3 Bd., München 2006–2009.

chungsalltag zeigt sich dieses dogmatische Defizit immer dann, wenn die Verwaltungsrationalität in dogmatisch wenig überzeugender Weise berücksichtigt wird. So unbestreitbar es ist, dass der «Judikalisierung» des Verwaltungsverfahrens im Sozialversicherungsrecht Grenzen gesetzt sind, so schwierig fällt es, diese Grenzen genau zu ziehen.¹⁴⁰

[Rz 68] Ein typisches Beispiel hierfür ist die in BGE 136 V 376 getroffene Aussage, die Judikatur über die Beweiskraft versicherungsmedizinischer Berichte und Gutachten beruhe darauf, dass die Versicherungsträger nicht als Parteien, sondern als zur Neutralität und Objektivität verpflichtete Organe des Gesetzesvollzuges handelten.¹⁴¹ Ein überholtes Verwaltungsbild dient damit als Grundlage für den «juristischen Salto mortale»¹⁴² einer Gleichstellung von versicherungsexternen und versicherungsinternen Gutachten. Das Bundesgericht blendet dadurch die Verwaltungsrealität aus und stuft die Verwaltungstätigkeit als blossen Gesetzesvollzug ein.¹⁴³ Der rechtsstaatliche Preis dafür ist hoch. Das von KÖLZ¹⁴⁴ treffend umschriebene Risiko der «Mediatisierung von Gesetz und Verfügung» wird nicht gesehen. Dies verunmöglicht es, der Verwaltungsrationalität überzeugende juristische Grenzen einzuziehen, und stärkt so die Verwaltungsrationalität auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit.¹⁴⁵ Die Anerkennung der Eigenständigkeit der Verwaltung ist indes Voraussetzung dafür, dass überhaupt rechtlich überzeugende Antworten auf die spezifische Verantwortung der Verwaltung zur Rechtsverwirklichung gefunden werden können.

D. Befangenheit der Verwaltung¹⁴⁶

[Rz 69] Das bundesgerichtliche Ausserachtlassen der Verwaltungsrationalität zeigt sich noch an anderer Stelle: bei den Ausstandsregeln.¹⁴⁷ Sie sichern den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Unparteilichkeit bzw. Unbefangenheit der entscheidenden Behörde ab (Art. 29 Abs. 1 BV). Hier spiegelt sich, angeknüpft an der entscheidenden *Person*,¹⁴⁸ die angesprochene Problematik wider.

[Rz 70] Ausstandsregeln zielen darauf ab, *sachwidrige Einflüsse* auf eine Behörde bzw. ihre Mitglieder zu verhindern. Diese sollen ihre Kompetenz ausüben und sich nicht von «sachwidrigen» Einflüssen leiten lassen.¹⁴⁹ Dabei lässt sich – was ein Teil der Lehre übersieht¹⁵⁰ – nicht derselbe Massstab anlegen wie bei Gerichten (Art. 30 Abs. 1 BV).¹⁵¹ Auch hier gilt, dass der Eigenständigkeit der Verwaltung Rechnung zu tragen ist. Wer den Massstab für Gerichte an die Verwaltung anlegt, sieht in ihr eine «Richterin in eigener Sache» – ein irreführendes Bild, ist doch die Verwaltung weder «Richterin» noch «Partei», sondern etwas Eigenständiges.¹⁵²

[Rz 71] Die Ausstandsregeln sind daher nicht geeignet, solche *strukturell bzw. organisatorisch* angelegten «Interessenkonflikte» auf Verwaltungsstufe zu vermeiden; «ansonsten müsste die gesamte Verwaltung bei allen ihren rechtsverbindlichen Handlungen stets in den Ausstand treten und könnte ihre Aufgaben gar nie wahrnehmen.»¹⁵³ Auch würde man den Beizug Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben wohl weitgehend ausschliessen, da hier noch weit stärkere Interessenkonflikte «eingebaut» sein können.¹⁵⁴ Das Bundes-

(Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008 (nachfolgend: VwVG-Kommentar), Art. 10 N 6.

¹⁴⁹ MOOR/POLTIER (Fn. 125), S. 270; umfassend SCHINDLER (Fn. 146) S. 6 ff.

¹⁵⁰ R. KIENER/W. KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 416 («weit gehend analogen Anspruch für *alle staatlichen Rechtsanwendungsverfahren*»); S. BREITENMOSER/M. SPORI FEDAIL, in: B. Waldmann/Ph. Weissenberger, VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 10 N 8 ff., 19, die Problematik erkennend, aber skeptisch gegenüber einer differenzierten Regelung («am gleich strengen Massstab»).

¹⁵¹ SCHINDLER (Fn. 146), S. 66 ff.; FELLER (Fn. 148), Art. 10 N 1; MOOR/POLTIER (Fn. 125), S. 271, 275 f., m.w.H.; G. STEINMANN, in: B. Ehrenzeller/K. A. Valleder/Ph. Mastronardi/R. J. Schweizer, Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 18; BGE 125 I 209, E. 8a; 125 I 119, E. 3f.; jüngst etwa Urteil 1C_278/2010 vom 31. Januar 2011, E. 2.2: «Die Rechtsprechung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Gerichtsbehörden kann jedoch nicht ohne Weiteres auf erstinstanzliche Verwaltungsverfahren übertragen werden. Vielmehr müssen die Anforderungen an die Unparteilichkeit von Verwaltungs- und Exekutivbehörden unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation ermittelt werden [...]. Bei Exekutivbehörden ist dabei zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer, Aufgaben einhergeht [...]»; ferner aus dem Bereich der «Gutachtenspraxis» Urteil 9C_304/2010 des Bundesgerichts vom 12. Mai 2010, E. 2.2; Urteil I 478/04 vom 5. Dezember 2006, E. 2.2.2; Urteil 9C_67/2007 vom 28. August 2007, E. 2.4.

¹⁵² Vgl. dazu BÄUMLIN (Fn. 136), S. 35 Fn. 59, der den von GYGI (Fn. 120), S. 379 ff., S. 393 («Verwaltungsverfügung ist Parteiakt»), vertretenen Standpunkt ablehnt, den Verwaltungsakt in seiner Funktion als Akt der Rechtskonkretisierung und -verwirklichung sieht, ohne aber die positivistische Gesetzesanwendungstheorie wieder aufzunehmen. Siehe mit Verweis auf Bäumlin B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Zürich/St. Gallen 2010, N 309: «Das Bild einer umfassend gesteuerten und kontrollierten Verwaltung entlastet diese in problematischer Weise von ihrer Eigenverantwortung.»

¹⁵³ Urteil 9C_304/2010 des Bundesgerichts vom 12. Mai 2010, E. 2.2; zu Recht differenzierend MOOR/POLTIER (Fn. 125), S. 275 f.

¹⁵⁴ Dazu P. SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979,

¹⁴⁰ BGE 132 V 93, E. 6.5; vgl. auch BGE 136 V 113, E. 5.2; jüngst etwa in Urteil des BGer 8C_370/2010 vom 7. Februar 2011, E. 5.2.

¹⁴¹ BGE 136 V 376, E. 4.1; ferner BGE 122 V 157, E. 1c; BGE 104 V 209, E. c, m.H. auf unpubl. Entscheide.

¹⁴² MEYER-BLASER (Fn. 22), S. 91 ff., S. 99 Fn. 39.

¹⁴³ Vgl. nun aber BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.4, wo das Gericht auf die Spannungen seiner Praxis mit den Fairnessgarantien des Art. 6 EMRK eingeht, ohne aber von BGE 136 V 376 abzuweichen.

¹⁴⁴ KÖLZ (Fn. 120), S. 116.

¹⁴⁵ Dass es wichtig sei, den Verwaltungsakt als Akt der Rechtskonkretisierung und -verwirklichung zu sehen, ohne die positivistische Gesetzesanwendungstheorie wieder aufzunehmen, betont BÄUMLIN (Fn. 136), S. 35; vgl. für ein konkretes Beispiel SEILER, (Fn. 135), S. 417 ff., zur Nichtöffentlichkeit der Verwaltung.

¹⁴⁶ Dazu umfassend B. SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002; FEHLING (Fn. 120),.

¹⁴⁷ Art. 36 ATSG; Art. 10 VwVG.

¹⁴⁸ SCHINDLER (Fn. 146), S. 74 ff.; R. FELLER, in: Chr. Auer/M. Müller/B. Schindler

gericht bejaht in den vorliegenden Konstellationen auch erst dann einen Ausstandsgrund, «wenn die Verwaltungsangestellten in der Sache persönlich befangen sind», und blendet damit strukturell angelegte Interessenkonflikte aus.¹⁵⁵

E. Folgerungen

[Rz 72] Die Eigenständigkeit der Verwaltung lässt nicht erwarten, dass die Verwaltung die gesetzlichen Vollzugsprogramme gerichtsähnlich («modo curiae») anwendet. Die Verwaltung ist kein Gericht, das Verwaltungsverfahren kein kontradiktorisch geführter Prozess. Misst man das Verwaltungsverfahren am Gerichtsverfahren, namentlich an den Fairnessgarantien nach Art. 6 EMRK, legt man einen Massstab an, der der Funktion des Verwaltungsverfahrens nicht entspricht. Weder vermag die Verwaltung die Ansprüche auf gerichtliche Unparteilichkeit und Unabhängigkeit zu erfüllen (Art. 30 BV), noch wird im Verwaltungsverfahren der Anspruch auf prozessuale Chancengleichheit eingelöst.

[Rz 73] Gestützt auf diese Erkenntnis überzeugt es wenig, das Verwaltungsverfahren zu «judikalisieren», um so die Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns sicherzustellen. Aufgrund der funktionalen Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Rechtspflege ist nicht zu erwarten, dass sich dies ohne grössere Schwierigkeiten verwirklichen liesse. Vielmehr ist die Eigenständigkeit der Verwaltung auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu berücksichtigen.

[Rz 74] Leitlinie muss dabei sein dass das Legalitätsprinzip eine verfahrensrechtliche Dimension aufweist. Verwaltungshandeln unterliegt vollumfänglich und damit auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht dem Legalitätsprinzip: «Alles Verwaltungshandeln muss, weil es Rechtshandeln ist, in *rechtlich geordneten Verfahren* ablaufen.»¹⁵⁶ Nur eine umfassende rechtliche Regelung des Entscheidungsprozesses, insbesondere eine ordnungsgemässe Klärung von Sach- und Rechtslage, sichert das richtige Ergebnis. Das Postulat nach der Regelung des Verwaltungsverfahrens ergibt sich damit direkt aus dem Legalitätsprinzip.¹⁵⁷ Dies dürfte wohl unbestritten sein, auch wenn die Anforderungen an die Normierung des Verwaltungshandelns je nach Handlungsbereich

variieren. Unabdingbar ist die Regelung des Verfahrens dort, wo die Verwaltung einen konkreten Sachverhalt mit erhöhter Rechtsverbindlichkeit regeln will.¹⁵⁸ So ist bekanntlich die allgemeine Verwaltungsverfahrensordnung des Bundes (VwVG) auf die Verfügung ausgerichtet.¹⁵⁹

[Rz 75] Weniger Einigkeit dürfte darüber herrschen, dass das Legalitätsprinzip zwar eine Verrechtlichung, aber keine «Vergerichtlichung» (Judikalisierung) des Verwaltungsverfahrens erfordert.¹⁶⁰ Gerade im vorliegenden Bereich des Sozialversicherungsvollzugs als Massenverwaltung lässt sich eine solche Judikalisierung nicht durchhalten.¹⁶¹

[Rz 76] Die Eigenständigkeit des Verwaltungsverfahrens wird dadurch in Frage gestellt, dass in der Schweiz eine Funktionenverflechtung von Verwaltungs- und Rechtspflege besteht, indem sich die Gerichte relativ stark auf die im Verwaltungsverfahren getroffenen (Sach-)Abklärungen verlassen.¹⁶² Das Bundesgericht erklärt dies in BGE 136 V 376, E. 4.2.1, gar zur «Grundentscheidung des Gesetzgebers», was aufgrund der bereits verfassungsrechtlich vorgegebenen (Art. 29a BV) und gesetzlich verankerten Verpflichtung der kantonalen Versicherungsgerichte zur freien Sachverhaltskontrolle zumindest hinterfragt werden darf.¹⁶³

S. 111.

¹⁵⁵ Urteil 9C_304/2010 des Bundesgerichts vom 12. Mai 2010, E. 2.2; in diesem Urteil hat das Bundesgericht in der geltend gemachten wirtschaftlichen Abhängigkeit der MEDAS noch nicht einmal einen formellen Ausstandsgrund gesehen und ist deswegen auf die Beschwerde gar nicht eingetreten. Dagegen hat das Bundesgericht im Urteil 8C_1020/2010 vom 14. April 2011, E. 3, eine analoge Erwägung der Vorinstanz als unzutreffend zurückgewiesen. In der Tat dürfte der Nichteintretensentscheid allzu restriktiv gewesen sein: wirtschaftliche Abhängigkeit ist ein klassischer Ausstandsgrund. Auf die Beschwerde wäre entsprechend einzutreten, auch wenn sie aufgrund der konstanten Bundesgerichtspraxis als aussichtslos einzustufen wäre, vgl. Urteil 9C_772/2008 vom 17. November 2008.

¹⁵⁶ SALADIN (Fn. 154), S. 15.

¹⁵⁷ ULE/LAUBINGER (Fn. 121), § 1 N 8.

¹⁵⁸ Gemeint ist mit «erhöhter Rechtsverbindlichkeit», dass Rechte und Pflichten *rechtskräftig* geregelt werden. Die Regelung ist nicht nur rechtswirksam, sondern rechtskräftig, wird also auch von den Gerichtinstanzen (nach Ablauf der Beschwerdefrist) akzeptiert; zur erhöhten Verbindlichkeitswirkung der Verfügung vgl. GYGI (Fn. 118), S. 120 f.; SALADIN (Fn. 154), S. 59 ff.

¹⁵⁹ SCHINDLER, VwVG-Kommentar, Einl. N 12 ff.; SALADIN (Fn. 154), S. 57 ff.

¹⁶⁰ Differenzierend ULE/LAUBINGER (Fn. 121), § 3 N 9 ff; anders etwa F. GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl., Bern 1974, S. 28; SALADIN (Fn. 154), S. 17 ff. (Bedürfnis nach einer Prozessualisierung des Verwaltungsverfahrens); daran anschliessend SCHINDLER, VwVG-Kommentar (Fn. 148), Einl. N 20 ff., der allerdings differenziert, aber auch unbestimmt von einer «Funktionenvielfalt» des Verwaltungsverfahrens spricht.

¹⁶¹ BGE 132 V 93, E. 6.5; vgl. auch BGE 136 V 113, E. 5.2; jüngst etwa in Urteil des BGE 8C_370/2010 vom 7. Februar 2011, E. 5.2; SCHINDLER, VwVG-Kommentar (Fn. 148), Einl. N 55 («Suche nach eigenständigen Lösungen nötig»); SALADIN (Fn. 154), S. 20, mit der allzu optimistischen Einschätzung, dass «der Konflikt zwischen Prozessualisierungs- und Rationalisierungsanliegen» in den Bereichen des Fiskal- oder des Sozialversicherungsrechts «schon lange zweckmässig gelöst» sei.

¹⁶² MEYER-BLASER (Fn. 22), S. 400 f. Ausser Acht bleibt an dieser Stelle, dass dem System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ein «gemildertes Rügeprinzip» inhärent ist, welches den Rechtsmittelinstanzen erlaubt, ihre Prüfung auf die vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Punkte zu beschränken, ohne damit eine Rechtsverweigerung zu begehen; vgl. dazu MOOR/POLTIER (Fn. 125), S. 806, 819 ff.; F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 32: «Das Beschwerdeverfahren der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege weist in den Grundzügen die Strukturen eines (oberinstanzlichen) Rechtsmittelverfahrens auf.»; zum weiten Begriff des Streitgegenstandes im Sozialversicherungsprozess vgl. BGE 125 V 413.

¹⁶³ Art. 29a BV (Rechtsweggarantie); Art. 86 BGG i.V.m. Art. 110 BGG i.V.m. Art. 57 ATSG; in Bereichen, in denen das Bundesgericht ausnahmsweise nicht an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gebunden ist

[Rz 77] Wie dem auch sei: *Eine Vorverlagerung des Gerichtsverfahrens in das Verwaltungsverfahren darf jedenfalls nicht zu Abstrichen an den Garantien eines rechtsstaatlichen Gerichtsverfahrens (fair trial; due process) führen.* Gerade diese Gefahr besteht jedoch, wenn man sich der funktionellen Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Rechtspflege nicht genügend bewusst ist und übersieht, dass das Verwaltungsverfahren seiner Funktion nach kein «*fair*es Verfahren»¹⁶⁴ im Sinne von Art. 6 EMRK oder Art. 29 ff. BV ist. Um Missverständnissen vorzubeugen: Daraus folgt nicht, dass das Verwaltungsverfahren nicht «*fair*» (in diesem spezifischen Sinne) sein *soll*, denn, wie soeben erwähnt, das Verwaltungsverfahren muss *fair* sein, sofern es den Sachverhalt für das allenfalls folgende Gerichtsverfahren abklärt. Es folgt daraus auch nicht, dass die Funktionenverflechtung zwischen Verwaltungs- und Rechtspflege nicht sein *soll*. Vielmehr sind die Eigenständigkeit der Verwaltung und des Verwaltungsverfahrens *Tatsachen*, auf die erst noch rechtlich überzeugende Antworten gefunden werden müssen.

[Rz 78] Vorläufig lässt sich festhalten, dass die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts wesentliche Elemente dazu beigezeichnet hat, den verfahrensrechtlichen Mindestvorgaben der EMRK auch im Umfeld einer als neutral konstruierten Verfassung Nachachtung zu verschaffen. Gleichwohl stellt sich für künftige Entwicklungen die Frage, ob die Dogmatik zur Unabhängigkeit und Neutralität der Verwaltung nicht zu überdenken wäre.

V. Fazit

[Rz 79] Selbst wenn sich gegenwärtig noch nicht alle Folgen der neuen bundesgerichtlichen Praxis zu den Anforderungen an eine verfassungs- und konventionskonforme Begutachtung in der Invalidenversicherung abschätzen lassen, dürfte ein Punkt unbestritten sein: Der Entscheid bildet einen verfahrensrechtlichen Meilenstein und löst die zwei in unglücklicher Weise verbundenen Probleme der restriktiveren Leistungszusprechung und der Gefahr der gezielten Gutachtensvergabe durch die IV-Stellen voneinander.

[Rz 80] An den materiellen und in den letzten Jahren verschärften Voraussetzungen für eine Rentenzusprache ändert der Entscheid nichts, er bereitet aber den Weg für ein fachlich besseres, für alle Parteien faireres und letztlich auch akzeptableres Gutachtensverfahren. Die Versicherten werden als Parteien (wieder) ernst genommen und erhalten die

prozessualen Mittel in die Hand, um die Verfahrensfairness umzusetzen.

[Rz 81] Bei der Unabhängigkeit des Sachverständigen und der Waffengleichheit bei dessen Ernennung handelt es sich nach Rechtsprechung und Lehre zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK um alternative Garantien. Dies anerkennt auch das Bundesgericht, bringt es in seiner Begründung aber nicht deutlich zum Ausdruck.¹⁶⁵ Vielleicht deshalb, weil die Garantien durchaus auch miteinander verknüpft sind, so dass man weniger von einem Ausschluss- denn von einem Abhängigkeitsverhältnis ausgehen sollte: Je abhängiger der Sachverständige ist, desto stärker müssen die Kompensationsmechanismen ausgebaut sein. Das Bundesgericht stärkt denn auch im vorliegenden Urteil nicht nur eine dieser Garantien, sondern beide: Es hält den Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörde dazu an, die Unabhängigkeit der MEDAS zu stärken, und baut, im Bewusstsein um das auch weiterhin fortbestehende Näheverhältnis der MEDAS zur Verwaltung, die Mitwirkungsrechte der versicherten Person aus.

[Rz 82] Das Bundesgericht hält an BGE 136 V 376 und dem dort bekräftigten Verständnis der Verwaltung als zur Neutralität und Objektivität verpflichtetes Organ des Gesetzesvollzugs fest¹⁶⁶, präzisiert seine Rechtsprechung aber erheblich, indem es nun dieses Verwaltungsverständnis nicht mehr als pauschale Antwort auf in der Lehre geäusserte Bedenken zur Rechtsstaatlichkeit der geltenden Begutachtungspraxis verwendet, sondern Aspekte der Verfahrensfairness berücksichtigt, sich also mit den in der Lehre von Müller/Reich geäusserten Bedenken auch inhaltlich auseinandersetzt. Gleichwohl dient das «System der Verwaltungsrechtspflege schweizerischen Zuschnitts» weiterhin als Argument, um (vermeintliche) strukturelle Defizite der Verfahrensfairness zu rechtfertigen.¹⁶⁷ Das überzeugt nur bedingt. De lege ferenda wären die strukturellen Defizite vielmehr durch eine entsprechende Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens bzw. eine institutionalisierte Unabhängigkeit der Begutachtung auszugleichen.

[Rz 83] Berücksichtigt man die Stellung des Bundesgerichts im Gefüge der Gewalten und die von ihm (zu Recht) konstatierte Untätigkeit des Gesetzgebers und der Aufsichtsbehörde, so dürfte kaum ein Weg daran vorbeigeführt haben, die Verfahrensrechte zu stärken. Auch wenn der Appellentscheid einlässlich empfiehlt, wie die gesetzliche Regelung auszugestalten und die Aufsicht künftig wahrzunehmen ist, so hat es doch das Bundesgericht nicht selbst in der Hand, die Unabhängigkeit der MEDAS herzustellen (sofern das denn überhaupt möglich wäre). Das Urteil zeigt aber, was im heutigen

(Unfall- und Militärversicherung), folgt dies auch aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens (Art. 111 BGG); Art. 61 lit. c ATSG; vgl. statt vieler: BGER 8C_204/2010 vom 3. Dezember 2010, E. 2; BGER 9C_1014/2008 vom 14. April 2009, E. 2; BGER 8C_589/2009 vom 28. Juni 2010, E. 2; BGER 8C_944/2010 vom 21. März 2011, E. 4.2.

¹⁶⁴ Gemeint ist damit: Das Verwaltungsverfahren gewährleistet nicht, dass ein unabhängiger und unparteiischer Dritte den Rechtsstreit unter Wahrung der prozessualen Chancengleichheit zwischen den Parteien beurteilt.

¹⁶⁵ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 4.1; dazu vorne Zlff. II.A.3.a.

¹⁶⁶ Um Missverständnissen vorzubeugen: Nicht die *Verpflichtung* der Verwaltung auf Recht und Gesetz ist überholt (vgl. nur Art. 5 BV), sondern die Fiktion, dass die Verwaltung dieser Verpflichtung ohne weiteres nachkommt.

¹⁶⁷ BGE 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011, E. 2.2.2; E. 4.2.

System der Schweizer Sozialrechtspflege der Preis fehlender Unabhängigkeit ist: die Stärkung der Mitwirkungsrechte und damit die Prozessualisierung des Verwaltungsverfahrens.

PHILIPP EGLI, MLaw (Luzern), arbeitet als Rechtsanwalt und ist Lehrbeauftragter an der Universität Luzern; Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich und ständiger Gastprofessor für Sozialversicherungs- und Gesundheitsrecht an der Universität Luzern.

* * *